

ISSN 0350-6630

PRAVNI ZBORNIK

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

1 / 2019



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE

PRAVNI ZBORNIK

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

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

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 Societe generale a.d. - Podgorica

KOMPJUTERSKA OBRADA

Technical editing

„Pobjeda“ a.d.

ŠTAMPA / Print

„Pobjeda“ a.d. - Podgorica

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

Zamjenik glavnog urednika
Assistant Editor in chief
dr Nikola Dožić

UREĐIVAČKI ODBOR
Associate editors

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

Inostrana redakcija
Foreign Editorial Board

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

REDAKCIJA
Editorial Board

dr Marko Dokić, dr Vladimir Savković
dr Miloš Vukčević, mr Bojan Božović, mr Jelena Jovanović

ISSN 0350-6630

PRAVNI ZBORNIK
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

br. 1/2019
Podgorica, januar 2019

S A D R Ž A J

NAGRADA AKADEMIK MIJAT ŠUKOVIĆ

Prof. dr Zoran RAŠOVIĆ

BESJEDA 17

ČLANCI

Privredno pravo

Prof. dr Vladimir SAVKOVIĆ

OSVRT NA NACRT ZAKONA

O PRIVREDNIM DRUŠTVIMA CRNE GORE 31

Krivično pravo

Doc. dr Darko RADULOVIĆ

ODMJERAVANJE JEDINSTVENE KAZNE 67

Dr Ana GRGUREVIĆ

SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE ISKUSTVO SAD 81

Mr Dženana NUHODŽIĆ

RATIO LEGIS UVOĐENJA INSTITUTA SPORAZUMA O

PRIZNANJU KRIVICE U KRIVIČNO PROCESNO

ZAKONODAVSTVO I RAZLOZI *pro et contra* 103

PRILOZI

Prof. dr Mladen VUKČEVIĆ
SUDSKI SAVJET IZMEĐU LEGITIMITETA I BLOKADE ..119

mr Safet KORAC
**EVROPSKI STANDARDI U OBLASTI UPRAVLJANJA
GRANICOM – analiza pravila i prakse u Crnoj Gori 125**

mr Matija S. VUČIĆEVIĆ
**UGOVORI O RADNOM ANGAŽOVANJU KOJIMA
SE NE ZASNIVA RADNI ODNOS 137**

mr Ivan JEKNIĆ
**Dobro upravno postupanje javnih službenika u
Crnoj Gori i Evropskoj uniji – Etički kodeks
državnih službenika i namještenika Crne Gore
i Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja 157**

OKRUGLI STO

Prof. dr Mladen VUKČEVIĆ
**ZNAČAJ USTAVNIH ODREĐENJA U
BOGIŠIĆEVOM ZAKONIKU 189**

Prof. dr Damjan ŠEĆKOVIĆ
**VLAŠTINA, IMOVINA I SUVLAŠTINA
U OPŠTEM IMOVINSKOM ZAKONIKU 199**

Др Радомир ПРЕЛЕВИЋ
**ДОПРИНОС МАРКА МИЉАНОВА
БОГИШИЋЕВОЈ АНКЕТИ 209**

Dr Čedomir BOGIĆEVIĆ
**OPŠTI IMOVINSKI ZAKONIK ZA KNJAŽEVINU
CRNU GORU u svijetlu narodnog običajnog prava
i metoda njegove inkorporacije 223**

| | |
|--|------------|
| Саво Д. МАРКОВИЋ МЈЕСТО И УЛОГА КОМУНСКОГ ПРАВА У ЦРНОГОРСКИОМ ОБИЧАЈНОМ ПРАВУ | 253 |
|--|------------|

| | |
|---|------------|
| Рajка ĐOKOVIĆ „О НЕЗВАНУ ВРШЕЊУ ТУЂИХ ПОСЛОВА (947)“ ОПШТЕГ ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА | 263 |
|---|------------|

HRONIKA UDRUŽENJA

| | |
|--|------------|
| Dr Radomir PRELEVIĆ BESJEDA POVODOM 85 – GODINA UDRUŽENJA PRAVNIKA CRNE GORE | 276 |
|--|------------|

| | |
|---|------------|
| Odluka o održavanju Izborne Skupštine Udruženja pravnika Crne Gore | 283 |
|---|------------|

| | |
|---|------------|
| Saziv izborne Skupštine Udruženja pravnika Crne Gore | 284 |
|---|------------|

| | |
|--|------------|
| Odluka o izboru predsjednika Udruženja pravnika Crne Gore | 285 |
|--|------------|

| | |
|---|------------|
| Odluka o izboru potpredsjednika Udruženja pravnika Crne Gore | 286 |
|---|------------|

| | |
|---|------------|
| Odluka o izboru članova Upravnog odbora Udruženja pravnika Crne Gore | 287 |
|---|------------|

| | |
|--|------------|
| Odluka o izboru članova Senata Udruženja pravnika Crne Gore | 298 |
|--|------------|

| | |
|--|------------|
| Statut Udruženja pravnika Crne Gore | 289 |
|--|------------|

| | |
|--------------------------|------------|
| In memoriam | 303 |
|--------------------------|------------|

LAW REPORTS

JOURNAL FOR LEGAL THEORY AND PRACTICE

No. 1 / 2019

Podgorica, January 2019

C O N T E N T S

AWARD - ACADEMICIAN MIJAT ŠUKOVIĆ

Prof. dr Zoran RAŠOVIĆ

ALLOCUTION 17

ARTICLES

Company law

Prof. dr Vladimir SAVKOVIĆ

**ON CERTAIN ASPECTS OF MONTENEGRIN DRAFT LAW
ON BUSINESS ORGANIZATIONS** 31

Criminal law

Doc.dr Darko RADULOVIĆ

MEETING OUT OF PUNISHMENT 67

Dr Ana GRGUREVIĆ

PLEA BARGAINING – USA EXPERIENCE 81

Mr Dženana NUHODŽIĆ

**RATIO LEGIS INTRODUCTION OF THE INSTITUTE OF PLEA
BARGAINING INTO MONTENEGRIN KRIMINAL
PROCEDURE THE REASONS *PRO ET CONTRA*** 103

CONTRIBUTIONS

Prof. dr Mladen VUKČEVIĆ
**COURT COUNCIL BETWEEN LEGITIMITY
AND BLOCKADE** 119

mr Safet KORAC
**EUROPEAN STANDARDS IN THE FIELD OF BORDER
MANAGEMENT - analysis of rules and practices in
Montenegro** 125

mr Matija S. VUČIĆEVIĆ
**CONTRACTS ON WORK ENGAGEMENT WHICH DO NOT
CONSTITUTE THE WORKING RELATIONSHIP**137

mr Ivan JEKNIĆ
**PRINCIPLES OF GOOD ADMINISTRATIVE BEHAVIOUR OF
PUBLIC SERVANTS IN MONTENEGRO AND IN THE
EUROPEAN UNION – Ethical codex of public servants in
Montenegro and European codex of good administrative
behavior**157

ROUND-TABLE

Prof. dr Mladen VUKČEVIĆ
**IMPORTANCE OF CONSTITUTIONAL DETERMINATIONS
in BOGISICS CODE** 189

Prof. dr Damjan ŠEĆKOVIĆ
**VLAŠTINA, IMOVINA I SUVLAŠTINA
IN GENERAL PROPERTY LAW** 199

Др Радомир ПРЕЛЕВИЋ
**CONTRIBUTION OF MARKO MILJANOV
TO BOGISIC INTERVIEW** 209

Dr Čedomir BOGIĆEVIĆ
**GENERAL PROPERTY LAW FOR PRINCIPALITY OF
MONTENEGRO in the light of popular customary law**

and the method of its incorporation223

Саво Д. МАРКОВИЋ

**PLACE AND ROLE OF COMMUNITY RIGHTS
IN CRNOGORSKIOM CUSTOMARY LAW 253**

Rajka ĐOKOVIĆ

**„ON NEGOTIORUM GESTIO (947)“ OF THE
GENERAL PROPERTY CODE 263**

CHRONICLE OF THE ASSOCIATION

Dr Radomir PRELEVIĆ

**SPEECH ON 85 – ANNIVERSARY OF MONTENEGRIN
ASSOCIATIONS OF LAWYERS 277**

**Decision on holding the Election Assembly of the
Association of Lawyers of Montenegro 283**

**Convocation of the Assembly of the Association
of Lawyers of Montenegro 284**

**Decision on the election of the President
Of Montenegrin Association of Lawyers 285**

**Decision on the election of the Vice President
Of Montenegrin Association of Lawyers 286**

**Decision on the election of the members of the Steering
Committee Of Montenegrin Association of Lawyers 287**

**Decision on the election of the members of the Senate
Of Montenegrin Association of Lawyers 298**

Statute of the Montenegrin Association of Lawyers 289

In memoriam 303

Riječ urednika

Poštovani čitaoci,
Uvažene kolege,

Prvi broj časopisa za pravnu teoriju i praksu „Pravni zbornik“, u 2019 godini, koji se već 85 godina štampa u izdanju Udruženja pravnika Crne Gore, crnogorskoj pravnoj publici donosi ukupno 15 radova, od kojih su četiri autorska rada iz oblasti privrednog i krivičnog prava, kao i četiri priloga koja su uradili uglavnom mlađih crnogorski pravni autori.

Redakcijski odbor časopisa, u ovom broju „Pravnog zbornika“, publikovao je i šest članaka sa održanog okruglog stola posvećenog proslavi 130 godina od donošenja Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru (1888).

Posebno, u ovom broju zbornika, u okviru rubrike „Hronika Udruženja“ publikovana su sva dokumanta sa izborne Skupštine Udruženja pravnika Crne Gore, održane juna 2018 godine.

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“.

"Pravni zbornik", u novom izdanju, štampan je na preko 300 strana i u tiražu od 300 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 Stejt 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 00-382-69-028-038.

Podgorica, januar 2019. godine

Glavni i odgovorni urednik
„Pravnog zbornika“

dr Branislav Radulović



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

Nagrada akademik Mijat Šuković

BESJEDA

Prof. dr Zorana Rašovića

redovnog profesora Pravnog fakulteta UCG i člana Crnogorske akademije nauka i umjetnosti
povodom dodjele nagrade „akademik Mijat Šuković“ izgovorene
na Lučindan, 31.10.2018. godine
u svečanoj sali Pravnog fakulteta „Valtazar Bogišić“

Poštovani članovi Skupštine Udruženja pravnika Crne Gore, ekselencije, poštovani predsjedniče i članovi Predsjedništva Crnogorske akademije nauka i umjetnosti, poštovani rektore, poštovani predsjedniče Ustavnog suda, poštovani Vrhovni državni tužioče, poštovani dekani pravnih fakulteta, poštovane sudije, tužioc, advokati, profesori pravnih fakulteta, poštovana porodico Šuković, kolegice i kolege, dragi prijatelji,

U izvršenju svojih visokih zadataka, Udruženje pravnika Crne Gore, odlučilo je ovog puta da profesora Fakulteta, po čijim krovom se danas nalazimo, odlikuje nagradom „Akademik Mijat Šuković“, koja mjerena odgovarajućim razmjerama, znači visoko priznanje.

Vrlo sam Vam blagodaran, cijeni prijatelji, od struke naše privilegovane, što takvom jednodušnošću odlučite da ovo priznanje pripadne meni. Ovu nagradu smatram i kao izuzetno priznanje Pravnom fakultetu i Crnogorskoj akademiji nauka i umjetnosti za sva izdanja koje ove dvije uzvišene ustanove objaviše, a koja su nagrađena. Priznanje je tim veće što dolazi od najšireg pravništva naše zemlje, teoretičara i praktičara, privrženicima zakona i nauci vještima. Mi je kao ugaonom kamenu naše dalje naučne i zakonodavne radnje podjeljujemo sa svima vama. Ova nagrada je i draža i vrednija time što nosi ime čovjeka i umom i naukom i energijom i odanošću potpuno dorasla tome prestižu, dugogodišnjem autoritativnom i temeljitom profesoru ovog Fakulteta i redovnom članu Crnogorske akademije nauka i umjetnosti, i velikog imena naše pravne nauke akademika Mijata Šukovića.

Ona dobija na težini i time što su pravničkoj struci vješti ljudi odlučili da se ona dodjeljuje jednom u pet godina. I to, kako to gordo zvuči, za poseban doprinos očuvanju crnogorske

pravne baštine, razvoju pravne nauke, pravne svijesti, pravne etike i pravne kulture. Od autoritativne pravničke zajednice koja tako dugo snagom naučnog univerzuma (od 1933. godine) promoviše univerzalne vrijednosti prava, pravnu nauku i pravnu praksu, uzdižući pravdu do Platonske stožerske vrline, kao i crnogorsku pravnu baštinu. O tome nam tako gordo i ubjedljivo svjedoči Pravni zbornik, tako raskošan „buket“ pravničke i uopšte intelektualne kulture. I gle čuda, ova nagrada se dodjeljuje u godini u kojoj proslavljamo 130. godina od proglašenja OIZ-a za Knjaževinu Crnu Goru, za čije izvandredno teško i zamašno preduzeće ostajemo za navijek blagodarni kako njegovom naručiocu Knjazu Nikoli tako i njegovom tvorcu, redovnom profesoru Odeskog Univerziteta, pravome državnome savjetniku dr Valtazaru Bogišiću, sina susjedne nam dične dubrovačke oblasti.

Crna Gora ove godine kao nikada do sada obilježava jubilej OIZ-a. Povodom 130. godina od proglašenja, CANU je organizovala devet tribina. Takođe, o njemu je izdala četiri knjige, a uskoro izlazi jubilarno izdanje, prilog bibliografiji o Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru kao i Zbornik radova sa tribine „Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru 1888-2018“. Pri kraju godine, u CANU će se organizovati i izložba fotografija, portreta, skulptura, izdanja, dokumenata o Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru. Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore je organizovao svečanu Akademiju povodom jubileja ovog našeg slavnog kodeksa. Vrhovni sud Crne Gore je dane sudstva, između ostalog, posvetio ovom jubileju. Održana su i predavanja naših profesora u CANU, na Pravnom fakultetu u Beogradu i na Pravnom fakultetu u Tokiju, gdje su japanski profesori prava još jedanput iskazali svoje divljenje našim Zakonikom i detaljnije se informisali o njegovom uticaju na sistematiku Japanskog građanskog zakonika od 1890. godine. Konačno, i ova današnja svečanost, koju organizuje Udruženje pravnika Crne Gore, protiče u znaku toga jubileja, a održava se uz budno oko velikog Valtazara Bogišića i nekih od njegovih pravničkih izreka. U Biljardi, našem zdanju umnosti prije dva dana otkrismo obilježje koje svjedoči da je u njemu izvršeno svečano proglašenje OIZ-a.

Tome ide u prilog još jedna podudarnost: u ovoj godini je Vlada Crne Gore donijela odluku da se pristupi cjelovitom uređenju imovinskih odnosa, koji se tako svestrano tiču najzapletenijih žica narodnog života, a čija rješenja će odgovarati načelima pravde, dobrim običajima i potrebama mile nam Crne Gore, donošenjem jedinstvenog crnogorskog Građanskog zakonika.

Vjerovatno nikome nije promaklo da se ova nagrada našeg svekolikog pravništva dodjeljuje na Lučindan i dan Svetoga Petra Cetinjskog, tako značajan dan u crnogorskoj istoriji. Kada se donosila odluka o datumima postavljenja, proglašenja i stajanja na snagu OIZ-a, Bogišić je pisao Knjazu Nikoli sljedeće: „Hoće li se za ove tri date uzeti prosti kalendarski dani ili će se, po starom običaju, izabrati kakav poznati svetački dan“. Kasnije, u pismu od 28. marta/9. aprila 1888. ne skriva zadovoljstvo što je Knjaz Nikola prihvatio Blagovijesti kao dan postavljenja, Vaskrs kao dan proglašenja i 1. jul – početak drugog semestra u godini, kao dan stajanja na snagu Zakonika.

Poštovani prijatelji, uvaženi predstavnici našeg svekolikog pravništva, neka mi bude dopušteno da, primajući ovo visoko priznanje, kažem nekoliko riječi o tim dvjema crnogorskim knjigama. O jednoj, koja je doživjela gromovitu slavu, i o drugoj, knjizi u nastajanju – Crnogorskom građanskom zakoniku.

I danas se divimo vizionarstvu Knjaza Nikole koji je osjetio potrebu „kad se uveličala trgovina i promet narodni, u granici i izvan nje“ da Crna Gora donese Zakonik koji se tiče prostranih imovinskih poslova i prilika. Ne zaboravimo, Crna Gora je 1872. godine, kada je Knjaz zamolio carsku imeratorsku krunu da dozvoli Bogišiću dolazak u Crnu Goru, imala 125.000 stanovnika i oko 4.404 km². A Cetinje, njena vječna prijestonica, tada je imala oko 500 stanovnika i blizu 115 kuća.

U prvom pismu, Bogišiću skoro objavljenom, od 15. januara 1873. godine Knjaz Nikola saopštava da „od dužega vremena želeći dati svojoj zemlji dobar Zakonik, sastavljen na temelju potreba, običaja i osjećanja crnogorskog naroda, kod kojega su se mnoge stare tradicije do dana današnjega u svojoj cjelini sačuvale; a pritom poznavajući Vaše odlične pravničke

sposobnosti, osobito u struci odnosećoj se na opšte slovensko pravo, te držeći se da niko bolje, mimo Vas ne bi takovi Zakonik za Crnu Goru izraditi sposoban bio, koliko zbog rijetkih Vašijeh juridičkih znanja, toliko i zbog toga što su Vama, kao rođenom Dubrovčaninu poznate najpotanje žice čudi i osjetljivosti našeg naroda; obratio sam se prije nekoliko mjeseci na rusko Praviteljstvo...“.

Bogišić je na Cetinje stigao „u dobri čas velike nedjelje“, kako je objavljeno u Glasu Crnogorca, tj. u periodu između 1. i 7. aprila 1873. godine. Nedavno otkrismo iz nekih njegovih neobjavljenih bilježaka da to tačno bijaše 5. aprila 1873. godine. Taj silni gorostas odmah se latio posla kako bi nadario Crnu Goru Zakonikom, napojen zdravim vrelom zapadne obrazovanosti, okorišćen plodovima novog civilnog zakonodavstva onog vremena i zdravim sokom običaja koji u našim narodima živjahu. Znao je da se harmonijom staroga i novoga mogu izložiti pravila obučena jezikom i stilom najrazumljivijim, koja u učenim knjigama tako prostrano mjesto zauzimaju. Znao je da u Crnoj Gori ne bijaše obrazovanih pravnika, osim Gavra, i nešto kasnije učenog terezijanca Labuda Vrbice, ali je ubrzo uvidio da su brojne sudije obdarene „svojom bistrom pameti, zdravim razumom i poštenim srcem“. Bistroj glavi i vještoj ruci kodifikatora pošlo je za rukom da navrne na „narodno stablo kalem zapadne pravne obrazovanosti“ i da ga dovede u saglasje sa narodnim pravom. „Ovo je djelo na čast učenome pravniku koji ga je izveo, kako i vladaru koji ga je nadahnuo“, izgovorio je, između ostalog, tu čuvenu rečenicu akademik Darest u Francuskoj akademiji 1888. godine. I zaista, takav posao, zbog svoje složenosti, ogromnosti i zamašaja mogu izvršiti ljudi posebne pravničke kulture i specijalnosti.

Malo je poznato da je Bogišić sačinio više verzija Zakonika. Prema našim istraživanjima riječ je o šest verzija Zakonika. Najprije rukopis Zakonika, koji je radi prvog čitanja rađen 1880. godine u Dubrovniku. Drugi rukopis nastao u Petrogradu 1882. godine. Treći nastao u Beču 1884., poslije berlinskog čitanja Zakonika. Četvrti rukopis nastao u Dubrovniku 1885. i početkom 1886. godine. Peti rukopis je nastao u Parizu 1886. godine, prije nego što će Bogišić otići u Petrograd. Ovaj rukopis je rađen kako bi za „svaki slučaj“ bio

rezervna kopija projekta kakav je izašao poslije drugog i trećeg čitanja teksta Zakonika 1885. godine u Odžaklijama cetinjskog i riječkog Dvora. Najzad, Bogišić je zapisao da postoji još jedan rukopis koji je odložen u modrom baulusu pod ključem, a šesti mu dio ostao „zapečaćen“.

U nastanku OIZ-a, ogromnu ulogu je imao Knjaz Nikola koji je sa Bogišićem proživio sve tantalove muke, podarivši Zakoniku „toliko hrane, koliko će zdrav želudac naroda u Crnoj Gori moći probaviti“. Knjaz Nikola je pri nastanku tog sjajnog ploda civilnog zakonodavstva Evrope, prisustvovao na 20-tak sjednica na kojima se čitao Zakonik sa Bogišićem i velikosudijama. Ali, ne zaboravimo ni ovoga puta doprinos članova Odbora za pregledanje i pretresanje cijele osnove Zakonka, velikosudija: vojvodu Đura Matanovića, Jagoša Radovića i Gavra Vukovića. Takođe, nemojmo zaboraviti ni članove Komisije za pripremu drugog izdanja OIZ-a: velikosudije vojvodu Đura Cerovića i Jagoša Radovića kao i podgoričkog okružnog kapetana Jovana Lazovića. Ne zaboravimo ni učene pravnike Labuda Vrbicu, Lazara Gojnića, ali ni prve polaznike kursa za primjenu OIZ-a: Bogdana Drobnjaka, Jovana Lazovića, Jevrema Bakića, Marka Vrbicu, M. Lekića, Đurovića, M. Radovića, ne zaboravimo ni brojne kapetane sa kojima je Bogišić razgovarao radi pripreme drugog izdanja OIZ-a. Da spomenem neka imena: Pera Đuraškovića sa Rijeke, Jovana Lazovića iz Podgorica, Jevrema Bakića iz Andrijevice, Špira Vujisića iz Kolašina, Jefta Nikolića iz Nikšića i druge. Ne zaboravimo ovom prilikom da spomenemo i čuvene anketare, izvjestioce: Mitropolita Visariona Ljubišu, vojvodu Marka Miljanova, vojvodu Đura Matanovića, vojvodu Đura Cerovića, serdara i senatora Jola Piletića, senatora Vida Boškovića. Ne zaboravimo ni mnoge druge naše pametare, koji Bogišiću dadoše inspiraciju za pravila životom nadahnuta. Slava precima našim i prvim pravnicima Crne Gore, našim prethodnicima!

Sjetimo se ovom zgodom i sjajne svečanosti proglašenja Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru, drugog dana Vaskrsa, 26. aprila po starom odnosno 8. maja po novom 1888. godine.

Pred večer Đurđevdana na ulicama cetinjskim i po zidovima javnih mjesta izlijepljen je proglas „Imovinskog zakonika“ sa sljedećom sadržinom:

RED SVEČANOSTI
*prilikom proglašenja „Građanskog Zakonika“
dana 26. aprila 1888. god.*

- 1) Na 9. ura u jutru ogласиće veliko zvono službu božju.
- 2) U isto doba okupiće se u biljardi okićenoj zastavama državni savjetnici, ministri, članovi Velikoga Suda i ostali glavari u punoj uniformi.
- 3) U isto doba postrojіće se jedno odjeljenje vojske u paradi pred manastirom.
- 4) Na 9 ½ ura poći će svi gore-imenovani glavari u Sv. Dvor odakle će dopratiti Njegovo Visočanstvo Knjaza do crkve.
- 5) Poslije službe božje držaće se prizivanje sv. Duha.
- 6) Iza prizivanja sv. Duha poći će Njegovo Visočanstvo Knjaz s pratnjom u biljardu, gdje će se u to doba naći G.G. zastupnici stranijeh sila, u punoj uniformi.
- 7) U biljardi pročitаće Predsjednik Državnog Savjeta, Ministar unutrašnjih djela, g. Božo Petrović, Knjažev ukaz, kojim se Građanski zakonik u život uvodi, a Njegovo Visočanstvo Knjaz potpisaće zatijem Zakonik i staviti na njega Svoj pečat, na koje će se opaliti 21 top i vojnici staviti oružje pred prsi.
- 8) Poslije toga Nj.V. Knjaz iziće će s pratnjom pred manastir među narod, i tu će pročitati besjedu, kojom će narodu crnogorskom objaviti proglašenje građanskog zakonika. Pročitana besjeda Njegova Visočanstva Knjaza razdijeliće se među narod.
- 9) Iza toga Njegovo Visočanstvo Knjaz vraća se s pratnjom u Sv. Dvor gdje će primati čestitanja.

Cetinje, 25. aprila 1888 god.“

Bogišić je posebno držao do toga da Zakonik treba da razumije vaskoliki narod, a ne samo pravnici. Zato su u njemu pravila narodnim jezikom, načinom, izrekom skovana. Znao je da zakonodavac, ako ga od prve nerazumije, nema lijeka tome nerazumijevanju. Napajao se narodnom pjesmom, slavom

Gorskog vijenca i učinio znatan i častan napor da pravne ustanove iz razvijenog zapadnog svijeta jezikom narodnim prilagodi krševitoj, a pravnički još neupitomljenoj Crnoj Gori. OIZ je za vijek vjekova postao istinsko narodno pravo. Bogišić je zato Likurg, Tribonijan, Solon od Crne Gore.

Poštovani prijatelji, u ovoj godini kada proslavljamo veliki jubilej 130. godina od proglašenja OIZ-a, Vlada Crne Gore je donijela i odluku o izradi Crnogorskog građanskog zakonika. Time je ova generacija pravnika zavrijedila veliku čast, ali i preuzela veliku odgovornost. Reći ću: treba dostojno stati pred Bogišićem i pred njegovim Zakonikom.

Kakav danas Crnoj Gori treba građanski Zakonik. Komisija za njegovu izradu je već odlučila i tim putem krenula: Zakonik će imati sedam djelova: opšti dio, prava ličnosti, stvarno pravo, obligaciono pravo, nasljedno pravo, porodično pravo i kruna svega sedmi dio 45. dičnih Bogišićevih izreka s kraja OIZ-a.

U pogledu sadržaja i suštine Zakonika danas, kao nikada ranije, melemno odzvanju Bogišićevi zahtjevi:

- Zakonik treba da bude izrađen strogo naučnim putem, s obzirom na to što u naše vrijeme predstavlja pravnička nauka i zakonodavna praktila u Evropi;
- treba izraditi i opredijeliti principe toga Zakonika s neprestanim obzirom na glavne teorije koje gospoduju u nauci, nezanemarujući ni časak iz oka prilike u Crnoj Gori;
- pravila Zakonika treba dovesti u harmonično saglasje sa zahtjevima života, okolnostima i potrebama našeg vremena;
- obraćati pažnju na načela i pravila koja se nalaze u nauci i boljim zakonodavstvima Evrope, koristeći se njima u onoj mjeri koliko to dopuštaju naši uslovi i potrebe u Crnoj Gori;
- privesti u sistematski red vaskoliki materijal;
- izraz u Zakoniku učiniti razumljivijim, izbjegavajući pritom svekolike apstrakcije, koje narod pojmiti ne može;
- taj prostrani posao treba da bude rađen s naročitim obzirom na tradiciju Crne Gore i na brojne zakone koje su sve ovo vrijeme u Crnoj Gori nicali;

- treba, naravno, imati ogromnu volju i energiju da se ovaj dugogodišnji posao privede kraju.

Poštovani prijatelji, imam ugodnu priliku i čast da vam saopštim da je komisija za izradu Crnogorskog građanskog zakonika odlučila da njegov sedmi dio budu Bogišićeve pravne izreke s kraja OIZ-a. To je „dar devinacije“. To je rijedak dar od Boga, koji posjeduju proroci i vrsni pjesnici, mada ni oni nijesu vazda pri ruci. Bogišić je na sebi svojstven način lučio iz rimskog prava prvenstveno ali i iz prava Evrope i svijeta ono što je zbilja vrijedjelo i uzimao iz baštine očeva i ono što je pitko da bi ga uzakonio u izreke saopštene ritkom narodnih poslovice. Ovim izrekama se i danas služe mnogi, ponajviše profesori, sudije, advokati, kao nekom „busolom zdravog pravnog razuma“. Nema sumnje da će našem novom Zakoniku one dobro doći i kao izraz identiteta i kontinuiteta, ali i poštovanja civilizacijskih vrijednosti OIZ-a.

Poštovani prijatelji, ovu besjedu ne bih htio završiti a da ne uputim poruku onima koji su procijenili da ovu visoku nagradu zaslužujem, dakle svekolikoj pravničkoj zajednici Crne Gore.

Poštovane kolege, od Vas se očekuje da doprinosite svakodnevno društvenoj kontroli ponašanja od strane institucija. Ne zaboravite da savremeno pravo ne sadrži samo norme međunarodnoga prava, norme u običajima, ustavu, zakonu, sudskim odlukama i odlukama drugih državnih organa, nego i moralne principe koji predstavljaju najbolje moguće opravdanje za sve te norme. Sudovi imaju specifičan zadatak: 1. da autoritativno primjenjuju pravo; 2. da na specifičan način stvaraju pravo. Poznato je da između prava i morala postoji nužna veza. S jedne strane, preko cilja prava, a sa druge strane, preko tijesne veze prava i pravde.

Svima, a posebno pravnicima, neka bude na umu uzvišeni cilj svakog društva: vladavina zakona, razumije se i ustava, razumije se i prava uopšte, a ne vladavina ljudi. Razumije se i vladavina morala: „I što nije zabranjeno, može da ne bude pošteno“. Jesmo li se možda nekada upitali koliko je u pravnom prometu nemoralnih a zakonitih ugovora. Nije mali broj pravnika koji tvrde da su zakoni pravo tek onda kad ih sudovi i drugi nadležni organi i tijela primijene i da zakon i ustav jeste ono što sudovi kažu da jeste.

Možda i jeste pretjerivanje, ali njihova poruka, sa težinom, blizu je stvarnosti. Pritom ne treba zaboraviti kreativnu ulogu koju sudovima „ostavlja“ poroznost prava u okviru zakona.

Poštovane kolege, imajmo stalno na umu suštinu jurisprudencije da pravni sistem nije samo sastavljen od pravila, nego i da je zasnovan na pravilima. Otuda je neizbježna uloga i odgovornost pravne teorije, koja mora objašnjavati pravo kao „kompleksnu društvenu i političku instituciju sa normativnim vidom, u smislu da njom upravljaju pravila“. Ali, ne gubeći iz vida tako aktuelnu poruku da prinudna moć prava ustvari predstavlja njegov prihvaćen autoritet. S druge strane, pravdi treba pristupiti kao društvenoj i pravnoj vrlini. Zakon je pravedno primijenjen onda kad je primijenjen nepristrasno ili objektivno. Zato i govorimo o sudiji, tužiocu, profesoru, itd. kao pravednom i nepristrasnom, o suđenju, o istrazi, o ispitu, kao nepristrasnom ili pristrasnom. Tako isto, o osuđenom, krivom, obaveznom. Ipak znamo da između pozitivnog prava i pravednog prava nije znak jednakosti. Taj razlaz naša pravnička zajednica treba sve više da svodi na podnošljiv jaz. Ustvari, pravedno pravo je mjera svih prava, ja bih rekao najtačnija mjera. Uostalom ideja pravde je u tome da lica u odnosu jedni na druge imaju pravni položaj relativne jednakosti. Hart bi rekao: „Sa istim slučajevima postupaj isto“. Ali i dodaje: „a sa različitima različito“.

Pošto pravo ima svoj naturalitet, svoju prirodnost, a ne samo svoju pozitivnost, onda je razumljivo da stvar moramo posmatrati šire i dublje, u smislu favorizovanja principa pravnosti, koji je nesumnjivo viši i širi i važniji od principa zakonitosti. S druge strane, poštovati zahtjeve jurisprudencije - jedinstvo teorije, tj. nauke i pravne prakse. I tako nužno saglasje našeg unutrašnjeg prave i prava Evropske unije.

Kako u svakom vremenu odzvanja Bogišićeva izreka: „Zakon je za svakoga zakon“. Nekad je u jednoj od ranijih verzija OIZ-a dodao je: „pa i za onoga koji ga postavlja“. Kad je išao na razgovor sa Knjazom intimno je zapisao ili ovaj dodatak ili ništa. Na kraju je ipak izezao dodatak.

Ima li ljepše, uputnije i aktuelnije ideje vodilje našoj pravničkoj zajednici od one Knjaževe poruke izgovorene

prilikom proglašenja OIZ-a: „Crnogorci! Uvodeći u život ovaj građanski zakonik i dajući mu snagu, ja vam zapovijedam, svima i svakom, da mu se pokoravate. Pred ovim zakonom da umukne svačija volja, a neka se čuje samo volja njegova, volja zakona. Iz njega neka se razlijeva pravda na sve one koji pravo čine, a nek se pod snagom njegovom krše i lome svi koji mu se opiru, koji krivi čine: on nek je moćna zaštita nevinosti koje je u opasnosti da postrada, a neumoljiv bič nasilju i samovolji koja od obijesti ili zlonamjerno hoće zla da čini. Od svih vlasti, a naročito od sudija, najstrože zahtijevam da su strogi i savjesni vršioци zakona i da u primjeni zakonskih određenja ne gledaju ni koje ko, ni ko se kako zove, ni kog je roda i plemena ni koji položaj zauzima, ni kojim se krstom krsti ili se ne krsti”.

Znao je naš Knjaz da je Bogišićev poduhvat zasijenio, oduševio, nadahnuo i pokrenuo. Epohalnost Bogišića i OIZ-a ni malo ne blijede, između ostalog, i zato što su duboko posegli za korijenima, ali i zato što je bio izdanak onih tvoriteljskih snaga evropsko-državno pravne civilizacije. Nemojmo ih ni mi nikad zanemarivati. Takvi pravni poslenici stvarno otkrivaju domašaje koji uzrastaju u onaj istorijski hrast koji daje plodove. OIZ i njegove poruke su potvrde da pravna kultura i kultura sjećanja zadržava čvrste veze svijeta, na ponos svih nas. OIZ je moćna crnogorska i evropska knjiga, nama na ponos, na ponos njegovog sastavioca, ali i na ponos njegovo naručioca. I naravno, u našoj svekolikoj pravničkoj, ali i široj zajednici, uvijek otvorena knjiga, busola zdrave, pravedne i prirodne pravničke i opšte narodne pameti.

Taj ponos je osjetio i nagovijestio još u godini proglašenja Zakonika, slavni pjesnik Jovan Jovanović Zmaj:

„Ponosi se Crna Goro!
To si mogla i do sada,
Jutros novu slavu stiže,
Državica skromna mlada“.

Do sada joj zor junaštva
Sa obraza čista sija
Sad se združi um i pero
Pa da bude još svetlija.

U miru se ovo steklo,
Ne sa mačem, puškom, topom;
Al malenoj Crnoj Gori
Slavu diže pred Jevropom...“

Eto tako je o našem Zakoniku pjevao veliki pjesnik. Srećan sam što dičnu pjesmu o našem Zakoniku i danas pjeva svekolika pravnička zajednica Crne Gore, i mnogo šire od toga. Pjevaju i mnogi drugi o toj moćnoj crnogorskoj knjizi, koja je stala rame uz rame Oktoihu, Gorskom vijencu, Luči Mikrokozmi, Poslanicama Petra Prvog. Ali ne propustimo da istaknemo... Pravila OIZ-a su dobrim dijelom i duboki pravnički izraz primjera čojstva, junaštva, života i običaja Crnogoraca i naroda koji sa njima u takvom skladu vjekovima žive, ali i inostrancima koji se u ovoj zemlji nalaze ili sude.

Poštovane kolege i prijatelji,

Imamo sa čim izići pred Evropom. Ali ne zaboravimo Evropa treba da živi i u nama. Razumije se njeno pravo, standardi i vrijednosti. I to s najvišom ozbiljnošću, vodeći računa o pravnim pojmovima, uvjerenjima, ustanovama i dobrim običajima naroda u Crnoj Gori. A sve to privoditi u harmonično saglasje sa zahtjevima života, okolnostima i potrebama našeg vremena, ne puštajući ni časak iz oka ono što u naše vrijeme predstavlja pravnička nauka, zakonodavna i sudska praksa Evrope. I to razumljivog i prepoznatog pravničkog izraza, bez obzira nato o kakvom je prostranstvu posla riječ. Pogledom na neobičnu važnost naše struke, privilegovane, ali i odgovorne da izučiti, rasudi i privede u saglasje množinu zahtjeva koju pred nju postavlja država Crna Gora i društvo uopšte. Dobar pravnik je onaj koji znatnu količinu pitanja koja se pred njim postavljaju dovodi u sklad sa rezultatima pravničke i druge nauke i sa živim hodom sudskih odluka.

Uvaženi predstavnici naše privilegovane pravničke zajednice, molim da primite uvjerenje o mom dubokom poštovanju i pravoj predanosti struci i našoj pravničkoj zajednici kojoj pripadam. Dozvolite da izrazim sreću i najdublju zahvalnost što sam zavrijedio jednodušno, rekao bih, veledušno potporu svekolikog pravništva. Zato ovo priznanje svijetli osobitom svjetlošću.

Vječno sam vam blagodaran na toj visokoj počasti, kao i na današnjoj svečanoj Skupštini pravničke zajednice koju tako otmeno organizujete meni u čast. Tu ogromnu čast dijelim sa 37 generacija mojih studenata, kolegama, profesorima i saradnicima, sa svekolikim pravništvom Crne Gore, kolegama i prijateljima sa Pravnog fakulteta i iz Crnogorske akademije nauka i umjetnosti, čiji sam sa ponosom član. Naravno i sa ponositom porodicom Šuković kojoj je pripadao i pripada i akademik Mijat Šuković. I sa svojom porodicom, koja svih ovih godina trpijaše moje pravničke zanose, prerana svakojutarnja budjenja i brojne kopije arhivskih dokumenata, koje tako prostrani prostor u kući zauzmaju. I što su su prihvatili Bogišića za člana naše familije.



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

ČLANCI

Prof. dr Vladimir SAVKOVIĆ ¹

OSVRT NA NACRT ZAKONA O PRIVREDNIM DRUŠTVIMA CRNE GORE ²

Prethodni period, kada je crnogorska stručna, pa čak i laička javnost u pitanju, između ostalog, obilježili su kako formalni tako i neformalni vidovi javne debate na temu Nacrta Zakona o privrednim društvima (u daljem tekstu: "Nacrt").³ Imajući u vidu značaj ovog zakonskog akta za svaki, pa i crnogorski privredni sistem, te činjenicu da je usvajanje upravo ovog regulatornog instrumenta ključno mjerilo za privremeno zatvaranje pristupnih pregovora Crne Gore sa Evropskom unijom u Poglavlju 6 – Privredno pravo,⁴ tako je nešto bilo i očekivano.

U ovom radu, pored same koncepcije i pojedinih nomotehničkih aspekata teksta Nacrta, akcenat je stavljen na predstavljanje i ocjenu najznačajnijih promjena aktuelnog, važećeg zakonskog okvira koje se predlažu Nacrtom. Pored toga, predmet razmatranja u manjoj mjeri su i pojedina regulatorna rješenja koja su u cjelosti ili suštinski ostala nepromijenjena. Naime, ista su analizirana prvenstveno sa stanovišta cjelishodnosti takve odluke u kontekstu dešavanja u crnogorskoj ekonomiji i razvoja statusnih formi za obavljanje

¹ Autor je vanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore.

² Rad je, između ostalog, nastao je kao rezultat autorovog angažmana na izradi teksta Nacrta Zakona o privrednim društvima i projektu Crnogorske akademije nauka i umjetnosti: „Pravno-ekonomska analiza usaglašavanja kompanijskog prava Crne Gore sa pravom Evropske unije“.

³ Tekst Nacrta dostupan je na zvaničnoj internet adresi Ministarstva ekonomije u Vladi Crne Gore: <http://www.mek.gov.me/vijesti/174469/Javna-rasprava-na-Nacrt-zakona-o-privrednim-drustvima.html>.

⁴ Sadržini pregovora u ovom poglavlju, tj. predmetu regulisanja uredbi, direktiva i preporuka koje Evropska komisija podvodi pod poglavlje 6. u pristupnim pregovorima sa Crnom Gorom i drugim kandidatima za članstvo više odgovara termin „kompanijsko“ nego „privredno“ pravo, za koji se pogrešno opredijelila Crna Gora na početku pristupnih pregovora.

privrednih djelatnosti u posljednjih 16 godina, koliko je na snazi aktuelni Zakon o privrednim društvima.⁵

Opšta zapazanja o Nacrtu – koncepcijski pristup i ključne pravno-tehničke karakteristike

Prije svega, valja istaći da je potreba za novim kompanijskim zakonom u Crnoj Gori nesporna. Naime, važeći zakon je stupio na snagu još početkom 2002. godine. Shodno tadašnjim društvenim okolnostima, inicijalno su njegova ključna regulatorna rješenja bila zasnovana na anglo-američkoj pravnoj tradiciji. To je, uz određene druge okolnosti uslovljene tranzicionim specifičnostima Crne Gore, uslovalo uređenje brojnih odnosa koji nastaju kao rezultat osnivanja i poslovanja privrednih društava, a koji su redovno uređeni u kontinentalno-evropskim zakonodavstvima, izostane u prvobitnom tekstu Zakona o privrednim društvima. Na drugoj strani, dok se pravni sistemi koji pripadaju anglo-američkom civilizacijskom i pravnom krugu, posebno SAD i Engleska, karakterišu snažno razvijenom, sistematizovanom, usaglašenom i detaljnom sudskom praksom iz korporativnog (kompanijskog) prava, koja popunjava uglavnom svjesno ostavljene pravne (zakonske) praznine, dotle to nije niti je mogao biti slučaj u Crnoj Gori. Prije svega, kao i u drugim državama kontinentalno-evropske pravne tradicije, u Crnoj Gori sudska praksa nije formalno izvor prava, bez obzira na nesporan uticaj koji posebno praksa viših sudova ima na niže. Drugo, upravo zahvaljujući socijalističkom nasljeđu, brojne generacije crnogorskih i danas aktivnih pravnika ostale su uskraćene u toku svog primarnog pravničkog obrazovanja za saznanja o ključnim institutima i teorijskim postavkama ove značajne pravne discipline. Otuda, čini se, dodatna suzdržanost crnogorskog pravosuđa u kreativnom tumačenju i stvaranju novih pravnih pravila iz oblasti kompanijskog prava.

Imajući iznijeto u vidu, ne čudi što je crnogorski zakonodavac, svega nekoliko godina nakon usvajanja aktuelnog Zakona o privrednim društvima, bio prinuđen da

⁵ Službeni list Republike Crne Gore, br. 006/02 od 08.02.2002 i Službeni list Crne Gore, br. 017/07 od 31.12.2007, br. 80/08 od 26.12.2008, br. 040/10 od 22.07.2010, br. 036/11 od 27.07.2011 i br. 040/11 od 08.08.2011.

pristupi njegovim opsežnim, a kasnije će se pokazati i brojnim izmjenama i dopunama.⁶ Iste su unijele određen stepen pravne izvjesnosti, odnosno pravne sigurnosti u pogledu pravnih odnosa koji su ostali nedovoljno precizno regulisani u prvobitnom tekstu ili, pak, van domašaja istog. No, kako to nerijetko i biva sa čestim izmjenama i dopunama, tako su i ove učinile da sama sistematika aktuelnog zakonskog teksta postane nedovoljno precizna i samim tim problematična sa stanovišta efikasne i uniformne primjene zakonskih rješenja u jednoj važnoj oblasti. Sve to izvjesno opravdava odluku o izradi novog zakonskog teksta.

Kada je riječ o koncepcijskom pristupu izradi samog Nacrta, nekoliko značajnih razlika je vidljivo u odnosi na aktuelni Zakon o privrednim društvima. Najprije, uočljivo je da se u Nacrtu, tamo gdje kod predmeta regulisanja proklamovanog u članu 1. Nacrta postoji prostor za takav pristup, na jedinstven način regulišu pitanja koja su zajednička za neka ili, pak, sve četiri vrste privrednih društva prepoznate u tekstu Nacrta (član 2.).⁷ To je i primarni razlog zbog kojeg je Dio I – Osnovne odredbe samog Nacrta znatno proširen u odnosu na njegov pandan u važećem zakonskom tekstu. Uz nesporne rizike koje ovakva uopštavanja na regulatornom planu nose sa sobom, čini se da takav, integralistički pristup uređenju pojedinih aspekata, odnosno pravnih odnosa koji nastaju prilikom osnivanja, upravljanja, restrukturiranja i prestanka privrednih društava ima i značajne prednosti. Prije svega, stvara se prostor za jedinstveno poimanje i ujednačeniju primjenu pojedinih bitnih pravnih instituta u sudskoj praksi i pravnom prometu, čime se

⁶ Istini za volju, treba imati u vidu i činjenicu da je neposredan povod za pristupanje izmjenama i dopunama aktuelnog zakonskog teksta nerijetko bila i potreba, odnosno namjera crnogorskog zakonodavca da u ključnim aspektima usaglašava aktuelna zakonska rješenja sa nekim od ključnih promjena na planu kompanijskog prava Evropske unije.

⁷ Nacrt Zakona, očekivano, zadržao je četiri osnovne vrste privrednih društava kao moguće forme obavljanja privredne djelatnosti, uz preduzetnika i dio stranog društva. Riječ je o ortačkom i komanditnom društvu, kao društvima lica i društvu sa ograničenom odgovornošću i akcionarskom društvu, kao društvima kapitala u već tradicionalnoj podjeli privrednih društava. Nacrtom je, međutim, predviđena shodna primjena njegovih odredaba na evropsko akcionarsko društvo (*Societas Europaea*) i evropsko ekonomskom interesno udruženje, u dijelu u kojem izostaju odgovarajuća pravila iz uredbi ili posebnih zakona koji se odnose na ova društva (član 3.).

povećava stepen pravne izvjesnosti, odnosno pravne sigurnosti svih lica čija se subjektivna prava na takav način priznaju i uređuju.

Dakle, u Dijelu I Nacrta – Osnovne odredbe, pored predmeta regulisanja, oblika obavljanja privredne djelatnosti, instituta zloupotrebe svojstva pravnog lica, sjedišta i naziva, koja su mahom znatno detaljnije uređena u odnosu na važeći zakon, uređena su i pitanja odgovornosti za obaveze društva prije registracije, trenutak sticanja i prestanka svojstva člana društva, dostavljanje, upotreba pečata, zastupanje, djelatnost društva, posebne dužnosti prema društvu i tužbe u slučaju povrede takvih dužnosti, te imovina i kapital društva.

Kada je riječ o nomotehničkim karakteristikama Nacrta, pored određenih terminoloških nepreciznosti koje su prisutne, ali i donekle tipične za ovu fazu izrade jednog zakonskog teksta, uočava se i sada već dominantan pristup izradi zakonskih akata u crnogorskom pravu, koji polazi od toga da svaki član, podglava, glava i dio zakona imaju poseban naslov. Pod uslovom da naslov jasno upućuje na sadržinu, to je svakako višestruko koristan i opravdan pristup. Uz to, dodatna vrijednost teksta Nacrta u odnosu na aktuelni Zakon o privrednim društvima je i to da je očigledno dosljedno primijenjen princip: jedna rečenica – jedan stav. Time se u značajnoj mjeri podiže nivo preglednosti ponuđenih regulatornih rješenja, te potencijalno olakšava njihovo tumačenje i primjena. Ništa manje je time stvoren i prostor za preciznije pozivanje na jedne u drugim odredbama teksta Nacrta, što je takođe od značaja sa stanovišta efikasne primjene nomotehničkih pravila, posebno smanjenja ukupnog obima samog teksta Nacrta, koji broji 347 članova.⁸

Najzad, u konekstu gore iznijetog podatka o obimu samog Nacrta, treba istaći da je riječ o gotovo tri puta većem broju članova od aktuelnog zakonskog teksta. Međutim, u tom smislu je potrebno imati u vidu i sljedeće okolnosti. Osim što je podnormiran, aktuelni zakonski tekst u velikom dijelu karakteriše regulatorni pristup, odnosno stil normiranja tipičan za anglo-američki civilizacijsko-pravni krug. Naime, u teoriji se nerijetko ističe kako se kontinentalno-evropski

⁸ U crnogorskoj laičkoj, pa čak i stručnoj javnosti mogle su se čuti primjedbe o prenorminosti teksta Nacrta u kontekstu okolnosti da je broj članova u odnosu na važeći zakonski tekst povećan za tri puta. Međutim, kada se ima u vidu uporedna zakonodavna praksa u ovoj oblasti, jasno je da su takve kritike neodržive.

zakonodavni stil karakteriše konciznošću, a anglo-američki, prije svega, preciznošću.⁹ Drugim riječima, dok su pojedini članovi, odnosno zakonske odredbe u zemljama kontinentalno-evropskog pravnog kruga u pravilu kratke i sveobuhvatne - jer zakonodavac primarno ima u vidu da je riječ o pravilima koje treba primijeniti u neograničenom broju potencijalnih situacija – dotle su odredbe i članovi iz zakona država koje pripadaju anglo-američkom pravnom sistemu često duže, sa preciznim, ali i detaljnim definicijama, te iscrpnim nabranjima obuhvaćenih situacija ili, pak, utvrđenih izuzetaka od primjene.¹⁰ U vezi sa tim, još ranije je u crnogorskoj pravnoj teoriji isticano je da su brojni članovi aktuelnog zakonskog teksta neobično dugački za preovlađujuću crnogorsku, tj. kontinentalno-evropsku pravnu (zakonodavnu) tehniku,¹¹ pa se, između ostalog, i zbog toga stil kojim je pisan može smatrati bližim anglo-američkom pristupu. Stoga je analizom teksta Nacrta uočljivo kako je vraćanje na tradicionalan nomotehnički pristup - a u kontekstu ipak vidljive namjere autora teksta Nacrta da zadrže brojna regulatorna rješenja iz aktuelnog zakona - očekivano rezultiralo “razbijanjem” pojedinih članova aktuelnog zakona, te njihovom prekompozicijom u dva ili više manjih.

Povećanje broja članova i uopšte obima teksta Nacrta doprinijela je i činjenica da je tekst Nacrta u cjelini usaglašen sa brojnim regulatornim instrumentima iz oblasti kompanijskog prava Evropske unije. Kako je i obrazloženju priloženom uz Nacrt istaknuto, riječ je primarno o direktivama čije je odredbe neophodno transponovati u crnogorsko pravo upravo tekstom budućeg, novog Zakona o privrednim društvima.

U kontekstu iznijetog sadržaja i kompleksnosti odnosa koji su predmet uređenja tekstom Nacrta, isti sarži 11 djelova, i to:

1. Dio prvi - Osnovne odredbe;
2. Dio drugi – Preduzetnik;
3. Dio treći - Ortačko društvo;
4. Dio četvrti - Komanditno društvo;

⁹ Vidi: W. Tetley, *Mixed Jurisdictions: Common Law vs. Civil Law (codified and uncodified)*, *Uniform Law Review*, 1999 (3), 615.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Tako: D. Radonjić, *Komentar Zakona o privrednim društvima*, Podgorica, 2003, 21.

5. Dio peti - Akcionarsko društvo;
6. Dio šesti - Društvo sa ograničenom odgovornošću;
7. Dio sedmi - Prekogranična spajanja društava kapitala;
8. Dio osmi – Dio stranog društva;
9. Dio deveti – Registracija;
10. Dio deseti - Kaznene odredbe;
11. Dio jedanaesti – Prelazne i završne odredbe.

Dakle, Nacrt je, osim Dijela VII – Prekogranična spajanja društava kapitala, zadržao osnovnu strukturu postojećeg zakonskog teksta, što svakako ne znači i da su sva regulatorna rješenja ostala ista ili da nijesu dopunjena u brojnim aspektima. Naprotiv, iz narednog dijela izlaganja, u kojem je Nacrt sagledan upravo sa tog aspekta, u prilici smo da se uvjerimo kako su obim i sadržina regulatornog zahvata u standardnu materiju kompanijskog, tj. prava privrednih društava u Nacrtu znatno drugačiji od onih u aktuelnom zakonskom tekstu.

Uporedna analiza Nacrta i važećeg Zakona o privrednim društvima – ključne novine u crnogorskom kompanijskom pravu predložene Nacrtom

U ovom dijelu izlaganja poseban prostor je dat ključnim novinama čije se uvođenje „predlaže“ u crnogorsko kompanijsko pravo, bilo da je riječ o unapređenju već postojećih regulatornih koncepata ili uvođenju novih instituta i standarda korporativnog upravljanja u crnogorsko kompanijsko pravo. S tim u vezi, vrijedi još jednom podcrtati da je pretežan broj regulatornih rješenja iz aktuelnog zakonskog teksta, posebno kada je riječ o društvima kapitala, inkorporiran u tekst Nacrta, direktno ili u obliku dodatno razrađenih zakonskih rješenja.

Nacrtom je zadržana postojeća klasifikacija oblika obavljanja privredne djelatnosti. S tim u vezi, međutim, nameće se pitanje smisla i potrebe uvođenja koncepta društva od javnog interesa iz člana 4. Nacrta.¹² Dakle, pod društvom od

¹² Ovaj koncept, ipak, nije sasvim nov u crnogorskom pravu, jer je isti pod nazivom „subjekti od javnog interesa“ već uveden Zakonom o reviziji ("Službeni list Crne Gore", br. 001/17 od 09.01.2017), u članu 29. tog zakona. Istina, sam pojam subjekta od javnog interesa je u Zakonu o reviziji postavljen šire od pojma društva od javnog

javnog interesa se u smislu člana 4. Nacrta smatraju akcionarsko društvo ili društvo sa ograničenom odgovornošću koje je osnovano prema tom zakonu i čije se hartije od vrijednosti kotiraju na organizovanom tržištu hartija od vrijednosti u Crnoj Gori ili inostranstvu. To je definicija koja se u najvećoj mjeri poklapa sa onom iz Zakona o reviziji Crne Gore (član 29.),¹³ odnosno Direktivom 2014/56/EU o izmjeni Direktive 2006/43/EZ o zakonskim revizijama godišnjih finansijskih izvještaja i konsolidovanih finansijskih izvještaja (član 2.).¹⁴ Ipak, definicije se ne podudaraju i u potpunosti, pa bi radi unapređenje principa pravne sigurnosti u datom slučaju bilo potrebno razmotriti i potpuno usaglašavanje. Uređenje koncepta društva od javnog interesa u tekstu zakona, osim što je standard prenijet iz prava Evropske unije, očigledno je poslužio autorima i u nomotehničke svrhe, s obzirom da su u pogledu svih društava od javnog interesa u Nacrtu uvedena određena zajednička pravila, prije svega kada su njihova unutrašnja organizacija i broj nezavisnih direktora u organima upravljanja u pitanju. Ciljevi tih pravila, kao i u pravu Evropske unije, očigledno su bili zaštita investicione javnosti, prije svega njenog neprofesionalizovanog dijela od nedostatka adekvatne kontrole ili pouzdanih informacija u pogledu društva čije se hartije od vrijednosti ili prenosivi finansijski instrumenti nude u postupku primarne emisije ili na sekundarnom tržištu, odnosno generalno podizanje standarda korporativnog upravljanja kroz dostizanje višeg nivoa transparentnosti u poslovanju.

Sljedeća novina koja se Nacrtom potencijalno uvodi u crnogorsko kompanijsko pravo jesu odredbe kojima se izričito predviđa mogućnost obrazovanja podružnica, *de facto* djelova domaćeg privrednog društva, ako bi se išlo analogijom sa dosadašnjom zakonskom terminologijom koja poznaje samo djelove stranog društva u Crnoj Gori. Naravno, činjenica da važeći Zakon o privrednim društvima ne predviđa mogućnost

interesa iz Nacrta, jer isti u Zakonu o reviziji obuhvata i banke i druge finansijske organizacije, osiguravajuća društva, te pravna lica razvrstana u kategoriju velikih pravnih lica u skladu sa nacionalnim propisima o računovodstvu. Ova definicija je, pak, usklađena sa Direktivom 2014/56/EU o izmjeni Direktive 2006/43/EZ o zakonskim revizijama godišnjih finansijskih izvještaja i konsolidovanih finansijskih izvještaja.

¹³ Vidi supra podnožna napomena br. 12.

¹⁴ Ibid.

obrazovanja posebnih organizacionih cjelina privrednih društava, poput podružnice iz Nacrta, svakako ne znači da to i dosad nije bilo moguće na autonomoj osnovi, u skladu sa konceptom deregulacije svojevremeno prihvaćenim ne samo u važećem crnogorskom Zakonu o privrednim društvima, već i šire.¹⁵ Naprotiv, u periodu od posljednjih petnaestak godina, koliko je na snazi ovaj zakon, iako ne toliko često, u praksi smo mogli sresti različite autonomne, *sui generis* forme takvog načina obavljanja djelatnosti od strane pojedinih crnogorskih privrednih društava. Međutim, nesporno je da su takvoj praksi svojstveni i rizici u smislu zaštite pravne sigurnosti učesnika u pravnom prometu, a s tim u vezi i održavanja zadovoljavajućeg nivoa zaštite prava učesnika u pravnom prometu. Isti se, prije svega, tiču odsustva bilo kakvih zakonskih pravila kao zajedničkog okvira unutar kojeg bi se „slobodno“ kretala privredna društva prilikom obrazovanja posebnih svojih organizacionih djelova i poslovanja preko njih.

U nastojanju da popuni pomenutu pravnu prazninu, Nacrt je u Dijelu I – Glava II (članovi 6 - 8) definisao podružnicu kao posebnu organizacionu cjelinu društva bez svojstva pravnog lica, čija je poslovna adresa van sjedišta društva. Nadalje se u Nacrtu propisuje da podružnica može obavljati sve poslove iz domena djelatnosti društva, te da u pravnom prometu istupa isključivo u ime i za račun društva u okviru kojeg posluje, pod nazivom privrednog društva čiji je dio.¹⁶ Nacrtom je relativno detaljno uređen i postupak obrazovanja podružnice, uključujući i obaveznu registracije iste (član 7.), kao i osnovi njenog prestanka. Opravdano je, čini se, izbjegnut termin “osnivanje”, jer se time izbjegavaju nepotrebne i potencijalno zbunjujuće analogije sa osnivanjem posebnih oblika obavljanja privrednih djelatnosti, što podružnica u konceptu analiziranog teksta Nacrta svakako nije.

Nacrtom je ponuđen integrisani koncept zastupnika privrednih društava (članovi 24 – 27). Naime, postojeći zakon ovo pitanje nije regulisao posebno i detaljno, već sporadično, kod pojedinih oblika privrednih društava. Nacrtom je razdvojen pojam zakonskog od ostalih zastupnika društva, a uređena su

¹⁵ D. Radonjić, Pravo privrednih društava, Podgorica, 2008., str. 5.

¹⁶ Istina, uz mogućnost korišćenja i dodatnih elemenata individualizacije koja je data u članu 6. stav 4. Nacrta.

i pitanja obima ovlaštenja i odgovornosti zastupnika društva. Koncept punomoćnika po zaposlenju je preuzet iz Zakona o obligacionim odnosima i u manjoj mjeri modifikovan, tj. prilagođen kontekstu privrednih društava. Ipak, prisustvo samog člana 27. Nacrta u dijelu kojim se uređuje položaj i uloga zastupnika društva, pa i njegov naslov – „Punomoćnik po zaposlenju“ unose dilemu u pogledu toga da li je Nacrtom prihvaćen koncept zastupnika društva u najširem smislu, prema kojem su zastupnici društva sva lica koja predstavljaju društvo prema trećim licima, ili je sama okolnost da kod zaposlenih koji se nalaze u ovakvoj poziciji ne postoji posebno ovlaštenje za zastupanje bila povod autorima Nacrta za njihovo izuzimanje iz klasičnog koncepta punomoćnika, koji je tradicionalno razrađen Zakonom o obligacionim odnosima. S tim u vezi, čini se da su odredbe člana 27. suvišne, te da bi bilo cjelishodnije zadržati striktnu podjelu po kojoj bi budući Zakon o privrednim društvima integralno regulisao zastupnike društva u užem smislu, a Zakon o obligacionim odnosima, kao i do dosad, punomoćnike, kao lica čija ovlaštenja za zastupanje proističu, ne iz zakona ili opštih akata društva, već iz punomoćja koje je dobijeno od zakonskih i drugih zastupnika društva.

Interesantna novina je i uvođenje prokure u tekst Nacrta, kao posebnog punomoćja za vođenje poslova društva kojom društvo ovlašćuje jedno ili više fizičkih lica da u njegovo ime i za njegov račun zaključuju pravne poslove i preduzimaju druge pravne radnje (član 28). Nacrtom je prilično detaljno uređen institut prokure, kako u pogledu uslova za njeno izdavanje, te lica koja mogu izdati prokuru i načina na koji se ista koristi, tako i u pogledu vrsta prokure, odnosno obima ovlaštenja i ograničenja ovlaštenja prokuriste (članovi 28 – 30). Konačno, u članu 31. Nacrta uređeno je i pitanje opoziva i otkaza, tj. prestanka prokure.

Ne ulazeći u detalje regulatornog pristupa institutu prokure u Nacrtu, svakako možemo postaviti pitanje cjelishodnosti vraćanja ovog instituta u crnogorsko kompanijsko pravo i pravni sistem uopšte. U tom smislu, čini se kako ovaj institut koji nam dolazi iz njemačkog prava zaista ima određene specifičnosti u odnosu na klasične koncepte punomoćnika i punomoćja. Ipak, smatramo da prokura suštinski predstavlja specifičan i zakonom uređen oblik poslovnog punomoćja, koji bi

trebalo da unese dodatnu raznovrsnost i mogućnosti u ovom segmentu kompanijskog prava Crne Gore, te da ponudi jedan unaprijed razrađeni koncept za to ovlašćenim organima ili zastupnicima društva prilikom davanja poslovnog punomoćja. Drugo je pitanje da li će ova Nacrtom ponuđena razrada široko postavljenog koncepta poslovnog punomoćja iz člana 91. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore biti dovoljno primamljiva privrednim subjektima da prokura istinski zaživi u crnogorskom pravu. No, okolnost da je Nacrtom svojstvo zakonskog zastupnika u društvima kapitala dato samo izvršnom direktoru, odnosno predsjedniku upravnog odbora, čini se, donekle ide na ruku takvim očekivanjima.

Nacrt je, naslanjajući se u jednom dijelu na sličan koncept u srpskom kompanijskom zakonodavstvu, detaljno uredio u Dijelu I Glava VIII (članovi 32 – 51) koncept posebnih dužnosti prema društvu ključnih kategorija lica u svim privrednim društvima, prije svih, članova društva – ortaka, komplementara, te članova društva sa ograničenom odgovornošću i akcionara sa većinskim ili značajnim kapital učešćem, zatim članova organa upravljanja društva, zastupnika, prokurista, revizora i likvidacionog upravnika. S tim da se, naravno, svaka od normiranih dužnosti ne odnosi i na svaku kategoriju lica, već samo na one u kontekstu čijeg je položaja primjenljiva.

Tako se koncept dužnosti pažnje (i.e. dužne pažnje u izvršavanju poslova društva) ne odnosi na članove društva, već na ostale navedene kategorije lica. Dužnost pažnje je u članu 34. Nacrta definisana uz primjenu dobro poznatog instituta pažnje dobrog privrednika, kao neizostavnog standarda pažnje, odnosno instituta pažnje dobrog stručnjaka kao višeg standarda pažnje koji se primjenjuje u posebnim okolnostima, tj. u pogledu lica kojima zakon daje svojstvo stručnjaka. Članom 35. Nacrta se uz manje modifikacije vjerno u crnogorsko pravo prenosi i tzv. “pravilo poslovnog prosuđivanja” (eng. “business judgment rule”), koje je u evropsko pravo stiglo kao dokazan institut i standard iz američkog korporativnog prava.¹⁷ Dakle, lica na koja se odnosi

¹⁷ Više o savremenom značaju i nastanku ovog pravila: M. Vasiljević, Korporativno upravljanje – pravni aspekti, Beograd, 2007, str. 163 – 170; V. Savković, “Sarbanes-Oxley Act”, ključni instrument reforme američkog sistema korporativnog upravljanja pokrenute bankrotom “Enron”-a”, Zbornik Pravnog fakulteta, br. 2008/37, str. 193 – 203.

u članu 34. precizirana dužnost pažnje se članom 35. Nacrta oslobađaju se od odgovornosti za štetu koja je nastupila kao rezultat njegovih pogrešnih poslovnih odluka kada ta lica dokažu da su postupala sa dužnom pažnjom, tj. da su se ponašala u skladu sa obavezama iz člana 34. Nacrta.

Nacrtom se posebno tretiraju, tj. uvode i detaljno razrađuju dužnost prijavljivanja ličnog interesa i dužnost izbjegavanja konflikta interesa, što nije slučaj u aktuelnom zakonu. Ne ulazeći u pojedinosti detaljno razrađenog koncepta ovih dužnosti, prije svega, možemo primijetiti kako je riječ o naočigled sličnim konceptima, pa se, u tom smislu, može se postaviti i pitanje cjelishodnosti njihovog razdvajanja. No, čini se kako bi upravo okolnost da u pogledu ličnog interesa postoji samo obaveza prijavljivanja postojanja određenih situacija u kojima postoji ili može postojati lični interes, a da kod konflikta interesa postoji izričita zabrana određenog ponašanja, tj. ulaska u određene "konfliktne" situacije mogla predstavljati povod za odvojen regulatorni tretman u Nacrtu. Takođe, uz navedenu okolnost, takav bi povod mogla predstavljati i ona da se dužnost izbjegavanja konflikta interesa, za razliku od dužnosti prijavljivanja ličnog interesa, odnosi i na eksperta manjine iz člana 127. Nacrta. Na drugoj strani, međutim ostaje činjenica da je čak i procedura odobravanja takvih situacija od strane društva identična u Nacrtu, što bi moglo ukazivati na to da je postojao prostor i za njihov jedinstven tretman, tj. podvođenje pod istu dužnost. Ipak, čini se kako je ovdje svrsishodnije izostaviti mogućnost prethodnog ili naknadnog odobrenja sankcionisanog ponašanja u slučajevima konflikta interesa iz Nacrta.

Još jedna dužnost koja je sporadično i samo generalno uređena u aktuelnom zakonskom tekstu, a detaljno u Nacrtu je dužnost čuvanja poslovne tajne. Tako je odredbama članova 43 – 45. utvrđen krug lica koja su obavezna da čuvaju poslovnu tajnu tako što je pored već pomenutih lica iz člana 32. – svih ili određenih članova društva (zavisno od forme društva), članova njegovih organa upravljanja, zastupnika, prokurista, revizora i likvidacionog upravnika, proširen na eksperta manjine iz člana 127. i sve zaposlene u društvu. Ova lica su dužna da poslovnu tajnu čuvaju i nakon prestanka tog svojstva, u periodu od dvije godine od dana prestanka tog svojstva, s tim da se osnivačkim aktom, statutom, odlukom

društva ili ugovorom zaključenim sa tim licima ovaj period može produžiti, ali najviše na pet godina. Izuzetak u tom pogledu su eksperti manjine, kod kojih je ova obaveza trajna. Nadalje, sama definicija poslovne tajne iz člana 43. Nacrta, na prvi pogled, neuobičajeno dugačka, usklađena je sa onom iz relevantnih regulatornih instrumenata na nivou prava Evropske unije.¹⁸ Članom 44. Nacrta izričito su utvrđeni izuzeci od obaveze čuvanja poslovne tajne, i to su slučajevi u kojima je saopštavanje takvih podataka zakonom ili odlukom nadležnog organa utvrđeno kao obaveza, u kojima je to neizostavan dio informacije o kršenju prinudnih propisa, kao i slučajevi u kojima je saopštavanje takvih podataka neophodno radi zaštite interesa samog društva, što su opravdani i u savremenoj regulatornoj praksi uglavnom nesporni izuzeci. Konačno, utvrđene su u članu 45. Nacrta i posljedice povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne koje se "postizu" tužbom zbog povrede ove dužnosti, i to su, prije svih, nadoknada štete, a potom i isključenje lica koje je povrijedilo ovu dužnost, ako je riječ o članu društva.

Na kraju zakonom je uređena i dužnost poštovanja zabrane konkurencije, i to na strani svih članova ortačkog i komanditnog društva, članova društva sa ograničenom odgovornošću i akcionara sa većinskim, ali ne i značajnim kapital učešćem, te članova organa upravljanja društva, zastupnika i prokurista. Tako ova lica, u skladu s članom 46. stavom 1. Nacrta, bez prethodno pribavljenog odobrenja, ne mogu:

- 1) imati svojstvo članova ortačkog i komanditnog društva, članova društva sa ograničenom odgovornošću i akcionara sa većinskim ili značajnim kapital učešćem, te članova organa upravljanja društva, zastupnika i prokuriste u drugom društvu koje ima isti ili sličan predmet poslovanja, tj. u konkurentskom društvu;
- 2) biti preduzetnik koji ima isti ili sličan predmet poslovanja;
- 3) biti zaposlena u konkurentskom društvu;

¹⁸ Konkretno, u skladu je sa članom 2 Direktive 943/2016/EU o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustava, te poslovnih informacija (poslone tajne) od nezakonitog pribavljanja korištenja i otkrivanja. Međutim, iako ova direktiva ne spada u uži korpus kompanijskog prava Evropske unije, treba istaći kako sam zakon nije u cjelini usklađen sa navedenom direktivom.

- 4) biti na drugi način angažovana u konkurentskom društvu;
- 5) biti član ili osnivač u drugom pravnom licu koje ima isti ili sličan predmet poslovanja.

Pored navedenog, utvrđeni su i mogućnost proširenja ove zabrane na druga lica, zatim dužina trajanja ove zabrane nakon prestanka statusa člana društva, zaposlenog ili drugog svojstva na koje se odnosi, kao i mogućnost utvrđivanja na autonomnoj osnovi izuzetaka od Nacrtom propisanih zabrana konkurisanja društvu. Konačno, utvrđena je i dozvoljena sadržina tužbenog zahtjeva zbog kršenja ove zabrane, tj. posljedice kršenja. Tako su moguće posljedice, odnosno sadržina tužbenog zahtjeva u slučaju povrede dužnosti zabrane konkurencije nadoknada štete, prenos na društvo koristi koju su prekršilac, odnosno konkurentsko društvo ostvarili kao posljedicu povrede dužnosti, te isključenje prekršioca iz društva, kada je riječ o članu društva.

Članom 50. Nacrta je pravo na tužbeni zahtjev zbog povrede navedenih posebnih dužnosti prema društvu prošireno i na sve članove društva, pod uslovom da su pretpjeli direktnu štetu kao rezultat takve povrede dužnosti. Time je koncept direktnih tužbi iz aktuelnog Zakona o privrednim društvima značajno unaprijeđen Nacrtom, ne toliko u pogledu kruga aktivno legitimisanih lica za podnošenje ovih tužbi, koliko je preciznom razradom konkretnih oblika štetnih radnji potencijalnim tužiocima – članovima društva osvijetljen put ka boljem razumijevanju i zaštiti sopstvenih prava u skladu sa nekim od najviših standarda korporativnog upravljanja ugrađenim u odredbe o posebnim dužnostima iz Nacrta. S obzirom da je na istom činjeničnom osnovu baziran i koncept derivativnih akcionarskih tužbi, koji je, uzgred, proširen i na tzv. “višestruke derivativne tužbe” (u Nacrtu: “tužba za kontrolisano društvo”), može se konstatovati kako je i regulatorni okvir u dijelu zaštite prava i legitimnih interesa akcionara, posebno manjinskih, znatno unaprijeđen u postojećem zakonu.

Naravno, posebno je pitanje koliko je Crna Gora kao pravni i društveni sistem zrela za efikasnu primjenu gore navedenih standarda, pa je samim tim i upitna učinkovitost njihove regulatorne izvedbe iz Nacrta, makar u neposrednoj budućnosti. Na drugoj strani, čini se da njihovo uvođenje u

crnogorski pravni sistem ne donosi sa sobom *a priori* negativne posljedice ili makar to da su iste znatno manje od očekivane dugoročne koristi u vidu daljeg unapređenja nedovoljno razvijenog sistema korporativnog upravljanja u Crnoj Gori.¹⁹ U prilog tome govori i uglavnom neslavna petnaestogodišnja praksa, tj. njeni učinci u primjeni danas važećih zakonskih mehanizama zaštite prava i interesa manjinskih i drugih akcionara, posebno derivativnih tužbi,²⁰ inicijalno baziranih na precedentnom Foss v. Harbottle pravilu iz engleskog prava,²¹ koje je i u samom Ujedinjenom Kraljevstvu napušteno usvajanjem novog kompanijskog zakonodavstva 2006. godine.

Nacrtom je značajno razrađen i donekle izmijenjen koncept preduzetnika u **Dijelu II – Preduzetnik** (članovi 61 – 65 Nacrta), iako je definicija ovog oblika obavljanja privredne djelatnosti očekivano ostala nepromijenjena u odnosu na važeći zakon. Ključne razlike su obavezna registracija, kojim činom se i stiče svojstvo preduzetnika, te uvođenje pojma poslovođe kojem preduzetnik može punomoćjem u pisanoj formi povjeriti vođenje poslova - poslovođenje. Nacrtom je propisano i to da se poslovođa registruje u registru preduzetnika u CRPS, te da ima svojstvo i sva ovlaštenja zakonskog zastupnika preduzetnika, ali i da mora ispunjavati sve uslove za obavljanje registrovane djelatnosti preduzetnika, koje prilikom dobijanja dozvole za obavljanje te djelatnosti, mora ispunjavati i sam preduzetnik.

Koncepti ortačkog i komanditnog društva – društava lica su promijenjeni u dijelu što je, za razliku od aktuelnog Zakona o privrednim društvima, Nacrt ovim dvijema formama privrednih društava dao pun pravni subjektivitet. Sljedstveno tome, u **Dijelu III – Ortačko društvo**, registracija ovog društva je od fakultativne u važećem zakonu postala obavezna. Pored toga pojedina pitanja u vezi sa ortačkim društvom, poput osnivanja, odnosno registracije i međusobnih odnosa ortaka su

¹⁹ Više o nedostacima i problemima u razvoju sistema korporativnog upravljanja u Crnoj Gori u periodu primjene aktuelnog zakonskog teksta: M. Jocović, Sistem korporativnog upravljanja u Crnoj Gori, Montenegrin Journal of Economics, 2011, Vol. VII(2), 63 – 71.

²⁰ Više: V. Savković, From great expectations to an even greater failure-the case of Montenegrin regulatory framework on shareholder derivative suits as an incentive for rethinking the concept itself, Juridical Tribune Journal, Vol. 6, Issue 2, 2016, str. 7 – 21.

²¹ Vidi: V. Savković, Derivativne akcionarske tužbe, Podgorica, 2004, str. 133.

detaljnije regulisana nego u aktuelnom zakonu, s tim da treba konstatovati i činjenicu kako to ne znači i da je napravljen raskid sa dosadašnjim zakonskim konceptom ortačkih društava u tim segmentima. Prije bi se moglo reći kako je napravljena njegova regulatorna nadogradnja. Konačno, u smislu navedenog, posebno su detaljno razrađena pitanja koja su tradicionalno od specifičnog značaja za društva lica, poput istupanja i isključenja ortaka iz društva, te nastavljanja društva sa nasljednicima.

Shodno tradicionalnom pristupu u regulisanju položaja i odnosa u komanditnom društvu, komplementari su načelno izjednačeni po položaju sa ortacima ortačkog društva, pa je regulatorni okvir komanditnog društva dat u **Dijelu IV – Komanditno društvo**, koje je inače i daleko najrjeđa forma obavljanja privredne djelatnosti u Crnoj Gori, sveden pretežno na uređenje položaja komanditora, njihovog odnosa sa komplementarima, te drugih specifičnosti komanditnog društva koje proizilaze iz jedinstvene karakteristike ove forme privrednih društava – postojanje dvije vrste članova. S tim u vezi, možemo konstatovati i to kako će zakonski okvir ove forme privrednih društava suštinski doživjeti i najmanje izmjena očekivanim usvajanjem teksta Nacrta.

Kao i u aktuelnom zakonskom tekstu, najobimniji dio Nacrta je upravo **Dio IV – Akcionarsko društvo**. Razlozi tome su brojni i uglavnom poznati, ali svakako nije na odmet podcrtati činjenicu da je regulatorni pristup u aktuelnom zakonskom tekstu, Nacrtu, pa i većini kompanijskih zakona regiona takav da se odredbe zakona o akcionarskom društvu shodno primjenjuju i na društva sa ograničenom odgovornošću, kao i to da su upravo na ova društva odnosi najveći dio odredbi brojnih direktiva Evropske unije iz oblasti kompanijskog prava, tj. da iste u znatno manjoj mjeri tangiraju regulativu društava lica.²² S tim u vezi, prije analize pojedinih “noviteta” koji se Nacrtom sugerišu kada je riječ o regulisanju akcionarskih društava u Crnoj Gori, potrebno je naglasiti i zajedničku karakteristiku jednog broja istih, činjenicu da su nastala i kao rezultat potrebe za

²² Štoviše, čak i kada to jeste slučaj, odredbe iz kompanijskog prava Evropske unije ne odnose se isključivo na društva lica, već na privredna društva uopšte ili, čak, na sve ostale zakonom utvrđene oblike obavljanja privredne djelatnosti.

usaglašavanje crnogorskog sa kompanijskim pravom Evropske unije.

Još jedna generalna opaska vrijedna iznošenja na ovom mjestu, upravo u kontekstu usaglašavanja nacionalnog sa pravom Evropske unije u oblasti regulative privrednih društava tiče se pozicije zaposlenih u društvima kapitala u Crnoj Gori. Naime, tekstom Nacrta, osim sporadično i isključivo kod statusnih promjena u društvima kapitala se ne reguliše ili posebno štiti pozicija zaposlenih u društvu. Međutim, u pravu Evropske unije postoji nekoliko direktiva koje obavezuju uprave pojedinih kategorija društava kapitala ne samo na zaštitu prava zaposlenih prilikom sprovođenja različitih statusnih promjena, već i na uključivanje zaposlenih u postupke donošenja određenih odluka, makar na nivou obaveznih konsultacija sa njima, odnosno njihovim predstavnicima.²³ Na drugoj strani, ne postoji u pravu Evropske unije obaveza država članica da u organe upravljanja privrednih društava uključe predstavnike zaposlenih, kako je to slučaj, primjera radi, u njemačkom kompanijskom pravu, pa je stoga i logičan aktuelni, a očigledno i budući pristup crnogorskog zakonodavca da usaglašavanje sa pomenutim direktivama ostavi za crnogorsko radno zakonodavstvo.²⁴

Nacrt je pretežno preuzeo odredbe iz Zakona o privrednim društvima kojima se definišu pojam i osnovne karakteristike akcionarskih društava, zatim njihovo osnivanje - sukcesivno i simultano. U značajnoj mjeri je to slučaj i sa odredbama koje se odnose na imovinska i neimovinska prava akcionara. Međutim, uočljiva je značajna razlika u pogledu i dosad postojećeg instituta u crnogorskom kompanijskom zakonodavstvu – predstavnika

²³ Takve su Direktiva 2009/38/EC o uspostavljanju Evropskog radničkog savjeta ili uvođenju postupka u privrednim društvima koja posluju na nivou Zajednice i grupama društava koja posluju na nivou Zajednice u svrhu obavještanja i konsultovanja zaposlenih, Direktiva 2002/14/EC o uspostavljanju opšteg okvira za obavještanje i savjetovanje sa zaposlenima u Evropskoj zajednici, te Direktiva 2001/23/EC o približavanju prava država članica u vezi sa zaštitom zaposlenih u slučaju prenosu privrednog društva, poslovne cjeline ili djelova privrednog društva ili poslovne cjeline.

²⁴ Više o učešću zaposlenih u upravljanju privrednim društvima i uopšte u procesu donošenja pojedinih odluka, u skladu sa pravom Evropske unije: V. Savković, Pravo Evropske unije i učešće zaposlenih u upravljanju privrednim društvima – stanje i perspektive, Pravo i privreda, Pravo i privreda, broj 4 – 6/2014, str. 114 – 129.

(eksperta) manjine,²⁵ koji je znatno detaljnije razrađen u odredbama Nacrta, u članu 127.

Tako je, na jednoj strani, zadržan isti prag u smislu minimuma akcijskog kapitala koji mora „stajati“ iza eksperta manjine, kao i pravilo da troškove ispitivanja plaćaju akcionari koji su to zahtijevali, osim kada rezultati ispitivanja ukažu na značajnije nepravilnosti u poslovanju društva, u kom slučaju troškove snosi društvo. Na drugoj strani, međutim, eksplicitno je uvedena mogućnost pokretnja vanparničnog postupka od strane ovlašćenih predlagača, ukoliko im kao akcionarima nije omogućeno vršenje prava na imenovanje eksperta manjine, pri čemu je sam postupak određen kao hitan, a sud obavezan da odgovarajuću odluku donese u roku od 8 dana od dana prijema zahtjeva.

Ekspertu manjine su data vrlo široka ovlašćenja za uvid u akta i dokumenata društva. Tako široka ovlašćenja ovom licu, ipak, praćena su određenim ograničenjima. Konkretno, ostavljena je mogućnost da se odlukom odbora direktora, odnosno nadzornog odbora ekspertu manjine može uskratiti ostvarivanje uvida u pojedine akte i dokumente, ako postoji opravdana bojazan da bi to pravo bilo iskorišćeno za svrhe suprotne interesima društva ili ako bi time društvu ili njegovom povezanom društvu mogla biti pričinjena znatna šteta, o čemu odbor direktora, odnosno nadzorni odbor, dostavlja pisano obrazloženje ekspertu manjine u roku od 15 dana od dana kada mu je uskraćen uvid. Konačno, kako bi se ograničile mogućnosti zloupotrebe ovog, inače opravdanog ograničenja prava na uvid u akta i dokumente društva, ekspertu manjine (de facto nez dovoljnim akcionarima koje bi trebalo da predstavlja) je ostavljena mogućnost sudske provjere ispravnosti učinjene zabrane, kroz zahtjev sudu da u vanparničnom postupku naloži društvu da ekspertu manjine omogući uvid u akte i dokumenta koja su predmet obrazloženja, kada procijeni da uvid u ista neće ugroziti interese društva ili da ih neće ugroziti u mjeri koja bi opravdala uskraćivanje uvida. Odredbe Nacrta, istina, ne daju

²⁵ U aktuelnom zakonu (član 32.) se koristi termin „predstavnik koji će ispitati poslovanje ili računovodstvo društva“, dok je u Nacrtu upotrijebljen dodatni termin „ekspert manjine“. Na stranu brojni mogući razlozi za i protiv jednog ili drugog termina, čini se da termin „ekspert manjine“ suštinski više odgovara samoj prirodi posla zbog kojeg takva lica mogu biti angažovana od strane manjinskih akcionara u društvu.

bliže kriterijume kojima bi se nadležni sud morao voditi pri donošenju ove odluke, te će uspostavljanje standarda u tom dijelu svakako predstavljati izazov za crnogorske sudove. Ipak, za očekivati je da će date generalne smjernice biti dovoljan pokazatelj, prije svega, imajući u vidu činjenicu da je prema važećem Zakonu o sudovima, koji je *sedes materiae* za mjesnu i stvarnu nadležnost, “u sporovima iz odnosa na koje se primjenjuje statusno (kompanijsko) pravo” za postupanje stvarno i mjesno nadležan Privredni sud Crne Gore.²⁶ Riječ je, dakle, o sudskoj instanci visoko specijalizovanoj za predmetni i slične vrste sporova, što je objektivno garancija kompetentnog odlučivanja. U datom kontekstu, međutim, veća je dilema da li je bilo potrebno da se u Nacrtu bliže odredi pojam “značajnijih nepravilnosti”, čije je pronalaženje od strane eksperta manjine uslov da troškove njegovog angažmana snosi društvo, a ne akcionari koji su ga imenovali. Štoviše, bez obzira na opasnosti imanentne svakom definisanju pravnih pojmova koje su još rimski pravници ovjekovječili sentencom: *Omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim ut non subverti possit*, smatramo da je ovdje, ipak, postojala potreba za nekim oblikom opreznog bližeg određenja, makar u obliku instruktivne norme. U krajnjem, to pokazuje i skromna praksa primjene ovog inače moćnog mehanizma zaštite prava i interesa manjinskih akcionara prema važećem Zakonu o privrednim društvima u kojem sriječemo identičan nedostatak.

Detaljna razrada instituta eksperta manjine u Nacrtu, na kraju, podrazumijeva i obavezu eksperta manjine da po završetku svog angažmana sačini izvještaj o sprovedenoj kontroli poslovanja i istovremeno ga dostavi akcionarima koji su ga imenovali i društvu koje je bilo predmet nadzora, najkasnije tri mjeseca od početka kontrole, pri čemu sami akcionari ne mogu da objave ili saopšte trećim licima akte, odnosno dokumente i podatke iz dokumenata na način koji nanosi štetu društvu, osim ako su na to obavezni po zakonu. Ukoliko bi to, pak, uradili, iako *de facto* suvišno u kontekstu već postojeće zabrane i opštih pravila građanskog prava o odgovornosti za štetu, Nacrtom je izričito predviđena i njihova materijalna odgovornost.

²⁶ Zakon o sudovima, „Službeni list Crne Gore“, 11/2015.

Velika novina koja će biti uvedena u crnogorsko kompanijsko zakonodavstvo ukoliko koncept Nacrta nakon javne rasprave ne bude drastično izmijenjen tiče se koncepta upravljanja akcionarskim i društvima kapitala (članovi 158 – 201 Nacrta). Riječ je o uvođenju, tj. povratku dvodomnog sistema korporativnog upravljanja, i to kao ravnopravne alternative jednodomnom, koji je u aktuelnom zakonskom tekstu isključivi oblik organizacije uprave društva. No prije analize dvodomnog sistema upravljanja, napravićemo kratak osvrt i na akutelni sistem jednodomnog upravljanja u Crnoj Gori, koji po svemu sudeći, osim uvođenja nezavisnih direktora u sastav odbora direktora o kojima će riječi biti u daljem tekstu, neće pretrpjeti značajnije izmjene usvajanjem Nacrta.

Differentia specifica sistema jednodomnog upravljanja, pa i crnogorskog kompanijskog prava uopšte je specifična pozicija izvršnog direktora akcionarskog i društava sa ograničenom odgovornošću koja imaju odbor direktora kao organ upravljanja, odnosno upravljačku strukturu akcionarskih društava. No, prije svega, bez obzira što živimo u svijetu u kojem se upravljanje javnim, ali i čitavim nizom kategorija privatnih društava kapitala stavlja u nadležnost jednog (jednodomni sistem korporativnog upravljanja) ili dva (dvodomni sistem korporativnog upravljanja) kolegijalna organa, moramo primijetiti i to da značajna ovlašćenja i poseban, izdvojen položaj u društvu izvršnog direktora nije isključiva karakteristika crnogorskog (jednodomnog) sistema korporativnog upravljanja. Primjera radi, u Švedskoj - takođe državi sa nominalno jednodomnim modelom korporativnog upravljanja - izvršni direktor se donekle tretira kao poseban organ upravljanja kojeg iz sopstvenih redova imenuje odbor izvršnih direktora.²⁷ Međutim, već pomenuta *differentia specifica* crnogorskog kompanijskog prava u odnosu kako na švedski, tako i na druge sisteme korporativnog upravljanja, je okolnost da izvršni direktor, osim izuzetno, kod jednočlanih društava, ne može biti i član odbora direktora.²⁸ Ovakvo zakonsko rješenje, čini se, predstavlja jedinstvenu

²⁷ R. Dotevall, Liability of Members of the Board of Directors and the Managing Director — A Scandinavian Perspective, The International Lawyer, Vol. 37, No. 1, str. 8.

²⁸ Već je naglašeno kako ovo rješenje postoji u aktuelnom zakonu (član 42.), a zadržano je i u Nacrtu, u članu 175. stav 3.

karakteristiku crnogorskog kompanijskog prava u odnosu na ostale sisteme kompanijskog prava koji su bazirani na konceptu jednodomnog upravljanja, prije svih, Ujedinjenog Kraljevstva, odnosno Sjedinjenih Američkih država. Naime, pandan našem izvršnom direktoru u Sjedinjenim Američkim državama je ne samo član, već redovno pokriva i poziciju predsjednika odbora direktora,²⁹ dok je u Ujedinjenom Kraljevstvu (eng. "chief executive officer" - CEO) redovno član odbora direktora,³⁰ s tim da po pravilu ne može istovremeno biti i predsjednik odbora direktora, zato što se, makar u engleskoj pravnoj teoriji, smatra kako se personalnim razdvajanjem tih funkcija povećavaju nadzorni kapaciteti samog odbora.³¹

Imajući rečeno u vidu, čini se opravdanim razumjeti sistem korporativnog upravljanja u Crnoj Gori kao hibridni jednodomni sistem. Takvoj ocjeni primarno doprinosi pozicija izvršnog direktora kao inokosnog organa upravljanja, koji je u odnosu na odbor direktora u sličnoj poziciji u kojoj se upravni odbor kao kolektivni organ upravljanja redovno nalazi u odnosu na nadzorni odbor.³²

Nacrtom se u crnogorski pravni sistem, nakon što je bio napušten 2002. godine, donošenjem važećeg Zakona o privrednim društvima, vraća u crnogorsko kompanijsko pravo dvodomni sistem upravljanja akcionarskim i društvima kapitala uopšte. Takvo opredjeljenje, moglo se saznati u toku usmenog dijela javne rasprave o Nacrtu, između ostalih, rezultat je dvije okolnosti. Prvo, u pravcu implementacije takvog regulatornog rješenja kao alternativnog i ravnopravnog u odnosu na jednodomni sistem korporativnog upravljanja u novi kompanijski zakon Crne Gore postojala je neformalna

²⁹ A. F. M. Dorresteijn, C. de Groot, "Corporate Governance Codes" European Company Law in Accelerated Progress, (ed. Steef M. Bartman), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, str. 53.

³⁰ L. V. Ryan, Directors, Corporate, Encyclopedia of Business Ethics and Society, Tom 1 (ed. Robert W. Kolb), Sage Publications, London 2008, str. 593 - 595.

³¹ D. Higgs, Review of the role and effectiveness of non-executive directors, UK Department of Trade and Industry, London 2003, str. 23 - 27.

³² Štoviše, sistem korporativnog upravljanja u kojem postoji izvršni direktor čija su pozicija i pretežan dio ovlašćenja ekvivalentni poziciji upravnog odbora u odnosu na nadzorni odbor pojedini autori nazivaju i "de facto dvodomnim sistemom korporativnog upravljanja". Tako: M. Vasiljević, Korporativno upravljanje – pravni aspekti, Beograd 2007, 45.

preporuka Evropske komisije. Drugo, takvu odluku u značajnoj mjeri je opredijelila i činjenica da najveći dio investitora u crnogorsku ekonomiju dolazi iz zemalja Evropske unije, i to mahom iz onih u kojima je dvodomni sistem korporativnog upravljanja isključivo pristuan ili, pak, dominantan. Imajući ove argumente u vidu, čini se kako je kreiranje ove alternative u Nacrtu logičan i opravdan potez, tim prije što crnogorskim kompanijama, kao i budućim lokalnim i međunarodnim investitorima ista pruža samo dodatnu raznovrsnost i mogućnost izbora spram njihovih potreba i prethodnih poslovnih iskustava, koja su nerijetko uokvirena u autonomne, ali i standarde korporativnog upravljanja obavezujuće na nivou jedne poslovne grupe.

Dvodomni sistem upravljanja predviđen Nacrtom, kako je to i uobičajeno, uvodi dva kolegijalna organa upravljanja društvom. Kako je to slučaj i uporedno posmatrano, ovi organi su terminološki, a najvjerovatnije i u svrhe pojednostavljenja nomotehničke obrade teksta Nacrta označeni i formalno kao organi upravljanja, što znači da su autori pošli od koncepta upravljanja društvom u širem smislu. Kada je riječ o funkciji upravljanja u užem smislu, ista je relativno ravnomjerno raspoređena između nadzornog i upravnog odbora. Tako nadzorni odbor ima nadležnost da bliže utvrđuje poslovnu strategiju društva na osnovu odluka skupštine i statuta društva, kao i da prati njeno ostvarivanje (član 186. Nacrta). Uz to, nadzorni odbor daje i konkretne smjernice i nadzire rad upravnog odbora, ustanovljavajući računovodstvene politike društva i politike upravljanja rizicima, što uglavnom spada u funkciju upravljanja u užem smislu. Funkcije upravnog odbora su, između ostalog, da utvrđuje unutrašnju organizaciju društva, uz saglasnost nadzornog odbora, izvršava odluke skupštine i odluke nadzornog odbora koje nijesu suprotne odlukama skupštine društva, vrši druge poslove i donosi odluke u skladu sa zakonom, statutom, odlukama skupštine i nadzornog odbora (član 196. Nacrta). Konačno, ovakva raspodjela upravljačkih nadležnosti u užem smislu nije neuobičajena, štoviše, redovna je kod sistema dvodomnog upravljanja od Njemačke koja je postojbina tog sistema, pa do Hrvatske i Slovenije, kao novih članica Evropske unije, koje su ovaj sistem inkorporirale u svoja kompanijska zakonodavstva,

koja takođe nude i jednodomni sistem korporativnog upravljanja kao ravnopravnu alternativu dvodomnom.

Nacrt, za razliku od važećeg zakona, predviđa i obavezno postojanje komisije tj. odbora za reviziju kod društava od javnog interesa, kao komisije nadzornog odbora u dvodomnom i odbora direktora u sistemu jednodomnog upravljanja. Međutim, to je samo djelimično novina u crnogorskom kompanijskom pravu, jer obaveza postojanja revizorskog odobra kod velikih pravnih lica je bila utvrđena još ranijim Zakonom o računovodstvu i reviziji (član 16e),³³ a danas je njena regulatorna "izvedba" unaprijeđena i usklađena sa kompanijskim pravom EU zahvaljujući odredbama novog Zakona o reviziji (član 30),³⁴ pri čemu su društva, tj. "subjekti od javnog interesa" samo jedna od kategorija u kojima je postojanje ovog odbora obavezno. Pored ove komisije, Nacrt ostavlja mogućnost postojanja i istovremeno uređuje osnovne nadležnosti još dvije komisije pomenutih organa upravljanja. Riječ je o komisijama uobičajenim za javna i velika društva u većini razvijenih tržišnih ekonomija – komisiji za naknade i komisiji za imenovanje.

Svakako, treba naglasiti i to da je samo uređivanje strukture organa upravljanja društvima (subjektima) od javnog interesa u Zakonu o reviziji bio pogrešan regulatorni pristup crnogorskog zakonodavca. Za očekivati je bilo da se zakonodavac opredijeli da strukturu organa upravljanja u cjelini uredi Zakonom o privrednim društvima, regulatornom instrument koji je nesporno *sedes materiae* za tu oblast. I to ne samo iz razloga tehničke prirode već iz niza drugih razloga koji utiču na ukupnu pravnu sigurnost učesnika u pravnom prometu, a koje je ovdje, makar kada je stručna javnost u pitanju, suvišno elaborirati. Bilo kako bilo, u nastavku rada na finalizaciji teksta Zakona o privrednim društvima ostaje dilema u pogledu načina rješavanja manjih neusaglašenosti između dva zakonska teksta.

Gore opisani ulazak po dubini u strukturu ključnih organa upravljanja u oba dozvoljena sistema korporativnog upravljanja može na prvi pogled izazvati podozrenje i

³³ Zakon o računovodstvu i reviziji, „Službeni list Republike Crne Gore“, br. 069/05 i „Službeni list Crne Gore“ br. 80/08, 73/10, 32/11 i 52/16.

³⁴ Zakon o reviziji, „Službeni list Crne Gore“ br. 01/17.

isprovocirati stavove da je riječ o pretjeranom administriranju, što je zamjerka koja se nakon niza korporativnih skandala u prvoj deceniji 21. vijeka često iznosi na račun kompanijskih zakona koji su usvojeni ili izmijenjeni i dopunjeni u periodu nakon toga. Ipak, valja imati u vidu da je u slučaju komisije (odbora) za reviziju riječ o obavezujućem regulatornom rješenju iz prava Evropske unije.³⁵ Na drugoj strani, u slučaju komisija za naknade i imenovanje se radi o neobaveznim, ali redovno prisutnim komisijama, odnosno pododborima odbora direktora ili nadzornog odbora kod velikih društava. Štoviše, riječ je i o komisijama čije je postojanje dijelom preporučeno brojnim autonomnim kodifikacijama najboljih standarda korporativnog upravljanja, a dijelom i tzv. "mekim pravom", tj. preporukama koje se uglavnom s pravom tretiraju kao *de lege ferenda* Evropske unije. Imajući to u vidu, regulatorni iskorak učinjen u Nacrtu na planu njihovog minimalnog uređivanja ne bi se mogao smatrati opterećujućim za društva, pa čak ni suvišnim, posebno u svjetlu potrebe za unapređenjem ukupne korporativne kulture u Crnoj Gori, što svakako jeste jedna od misija kompanijskih zakona.

Nacrtom bi po prvi put u crnogorsko kompanijsko pravo trebalo da bude uveden i koncept nezavisnih direktora, koji će biti neizostavni članovi nadzornih odbora ili odbora direktora pojedinih kategorija društava kapitala. Naime, članom 158. Nacrta, predviđeno je da najmanje trećinu članova odbora direktora akcionarskih društava čine nezavisni direktori, odnosno da taj broj ne smije biti ispod dvije petine u slučaju odbora direktora društava od javnog interesa. Isto je utvrđeno članom 182. Nacrta u pogledu članova Nadzornog odbora. Sam pojam nezavisnog člana odbora direktora dat je u članu 159. Nacrta, čija je shodna primjena predviđena i u pogledu nezavisnog člana nadzornog odbora dat je prilično precizno i

³⁵ Odbor (komisija) za reviziju, njegov status i uloga u poslovanju subjekata (društava) od javnog interesa u pravu Evropske unije uređen je sljedećim regulatornim instrumentima: Direktiva 2006/43/EZ o zakonskim revizijama godišnjih finansijskih izvještaja i konsolidovanih finansijskih izvještaja; Direktivu 2014/56/EU Evropskog parlamenta i Savjeta, od 16. aprila 2014., o izmjeni Direktive 2006/43/EZ o zakonskim revizijama godišnjih finansijskih izvještaja i konsolidovanih finansijskih izvještaja; Uredbu (EU) br. 537/2014 Evropskog parlamenta i Savjeta, od 16. aprila 2014., o posebnim zahtjevima u vezi zakonske revizije subjekata od javnog interesa i stavljanju izvan snage Odluke Komisije 2005/909/EZ.

detaljno. Tako se nezavisni član odbora direktora definiše kao lice koje nije krvni srodnik u pravoj liniji, krvni srodnik u pobočnoj liniji, zaključno sa drugim stepenom srodstva, supružnik i vanbračni partner ostalih članova organa upravljanja društva, odnosno akcionara koji imaju značajno ili većinsko učešće u osnovnom kapitalu. Pored toga, nezavisni direktor mora biti i lice koje u periodu od najmanje dvije godine prije izbora nije:

- 1) bilo član organa upravljanja, osim organa u čiji sastav se bira, prokurista, lice zaposleno u društvu ili u drugom društvu koje je povezano sa društvom u smislu ovog zakona;
- 2) bilo vlasnik više od 10% osnovnog kapitala, zaposleno ili na drugi način angažovano u drugom društvu koje je od društva ostvarilo više od 10% godišnjeg prihoda u tom periodu;
- 3) primilo ili potraživalo u tom periodu od društva, ili od lica koja su povezana sa društvom, nadoknadu čija je ukupna vrijednost veća od 10% njegovih godišnjih prihoda;
- 4) bilo vlasnik više od 20% osnovnog kapitala društva koje je povezano sa društvom u smislu ovog zakona.

Gore navedeni kriterijumi koje mora ispunjavati nezavisni član odbora direktora, odnosno nadzornog odbora nijesu pretjerano restriktivni, ali su pojedini od njih teško sprovodljivi u praksi, s obzirom na realne probleme na koje bi se moglo naići u dokazivanju njihove ispunjenosti. To se, primjera radi, odnosi na drugi od četiri navedena dodatna kriterijuma. Stoga bi vrijedilo razmisliti o njegovom, ali i simplifikaciji ostalih kriterijuma u cilju stvaranja uslova za njihovo jednostavnije tumačenje i primjeni u praksi.

Naravno, posebno je i mnogo puta postavljeno pitanje učinkovitosti nezavisnih direktora u kontekstu unapređenja korporativnog upravljanja. Nbrojeni autori argumentovali su u zadnjih nekoliko decenija za ili protiv angažmana, a samim tim i postojanja nezavisnih direktora u društvima kapitala. Na ovom mjestu, naravno, nećemo se uključivati u tu raspravu, tim prije što bi se ista morala nastaviti, odnosno nadograditi opsežnom analizom specifičnih crnogorskih prilika i okolnosti od značaja za uspjeh ili neuspjeh ovog koncepta u Crnoj Gori.

Može se, međutim, bez dvojbe ustvrditi da, bez obzira što je ovdje riječ o implementaciji koncepta poznatog i priznatog u velikom broju zemalja koje danas nazivamo razvijenim tržišnim ekonomijama, uvođenje nezavisnih direktora u crnogorski sistem kompanijskog prava nosi sa sobom brojne neizvjesnosti. Svakako najočiglednija od njih tiče se dileme u kojoj će mjeri implementacija ovog koncepta na srednji i duži rok ostvariti blagotvorno dejstvo na kvalitet korporativnog upravljanja u Crnoj Gori. Drugim riječima, koliko će koncept nezavisnih direktora doprinijeti unapređenju primjene brojnih principa čije je poštovanje i unapređenje *ratio legis* konglomerata kogentnih i dispozitivnih, kako državnih, tako i normi autonomnog prava koje danas čine okvir korporativnog upravljanja u Crnoj Gori. No, samo postojanje ovakvih dilema ne znači da idejama i konceptima koje ih provociraju nema mjesta u jednom zakonodavstvu. U suprotnom, crnogorsko pravo i pravo uopšte bi bili siromašniji za mnoge, nekad „revolucionarne“, a danas već nezamjenljive teorijske postavke i njihove regulatorne okvire, bilo da je riječ o zakonskim aktima ili tzv. „precedentnom“ pravu.

Jedan od rizika koje postojanje nezavisnih uz izvršne direktore i uopšte dvije vrste članova određenog organa upravljanja nosi sa sobom tiče se načina njihovog izbora u kontekstu potrebe da se sačuvaju standarni mehanizmi zaštite interesa manjine prilikom izbor članova organa upravljanja. Posebno je u tom pogledu izražen problem u nacionalnim kompanijskim pravima koje poznaju i primjenjuju sistem kumulativnog glasanja za izbor članova uprave.³⁶ Crnogorsko pravo je jedno od njih, a kako Nacrt zadržava i princip kumulativnog glasanja i uz to uvodi drugu kategorija direktora, to je pomenuti problem valjalo riješiti na odgovarajući način. Kumulativno glasanje za članove odbora direktora uređeno je članom 161. Nacrta i predstavlja interesantno i specifično regulatorno rješenje koje zavrjeđuje posebnu analizu. Prije svega, zadržana je odredba po kojoj „akcionar ili punomoćnik akcionara može sve glasove dati jednom kandidatu ili ih rasporediti na više kandidata, pri čemu pravo predlaganja kandidata za članove odbora direktora imaju

³⁶ Više o određenim problemima koji postoje kod glasanja za predložene članove u odboru direktora, pri činjenici da organ upravljanja ima dvije vrste članova: V. Radović, Kumulativno glasanje za izbor članova uprave - II dio, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/2008, str. 47 – 68.

akcionar, odnosno akcionari, koji zajedno imaju najmanje 5% akcijskog kapitala“. Međutim, da bi glasanje za članove odbora direktora bilo uspješno, u članu 161. stav 5. Nacrta utvrđena su tri uslova koja moraju biti istovremeno, tj. kumulativno ispunjena. Prvo, svi članovi odbora direktora moraju biti izabrani u istom krugu glasanja. Drugo, nezavisni direktori moraju biti zastupljeni u istom ili većem procentu od minimalnog koji je utvrđen za datu kategoriju akcionarskog društva. Treće, svaki od izabranih članova odbora direktora mora dobiti više glasova od bilo kog kandidata koji nije izabran. Konačno, u slučaju da nijesu istovremeno ispunjeni svi navedeni uslovi, članom 161. stav 6. Nacrta je predviđeno da se glasanje za izbor članova odbora direktora ponavlja.

Iako je uočljiva intencija Nacrta da se skupštini nametne obaveza ponavljanja glasanja na istoj sjednici kako bi se izbjegle situacije u kojima bi inicijalna glasanja rezultirala neizborom članova organa upravljanja, čini se da je u članu 161. stav 6. trebalo unijeti i dodatna uputstva imperativne prirode. Prije svega, trebalo je izričito navesti kako se glasanje ponavlja na istoj sjednici skupštine i koliko puta. Takođe, radi otklanjanja eventualnih, pa čak i očekivanih procesnih nedoumica, trebalo je takođe ustanoviti i pravo ovlašćenih predlagača da prije ponovnog glasanja izmijene svoje predloge. U istom kontekstu, moguće je čak bilo ustanoviti i obavezu samog društva da se takva procedura dodatno reguliše odredbama poslovnika o radu skupštine akcionara.

Dakle, iako je u Nacrtu ponuđeno regulatorno rješenje kojim bi, smatramo, bio zadržan postojeći set prava i realni uticaj manjinskih akcionara na planu predlaganja i mogućnosti izbora svog predstavnika u odbor direktora društva na dobrom tragu, čini se da su istom i dalje potrebna dodatna preciziranja, prije svega, kako bi postalo funkcionalno, odnosno da bi uspješno zaživjelo u praksi. Na drugoj strani, pak, može se konstatovati da ponuđeno regulatorno rješenje u sebi sadrži mehanizme koji ne dozvoljavaju manjinskim akcionarima da blokiraju izbor članova odbora direktora koristeći se okolnošću da postoji obavezna kvota za nezavisne direktore u društvu. Naime, Nacrtom se uređuje minimalan broj nezavisnih članova odbora direktora, odnosno nadzornog odbora, ali ne i najveći dozvoljeni, te bi, makar u teoriji, svi članovi odbora direktora

mogli biti i u svojstvu nezavisnog direktora. Time se većinskom akcionaru ili akcionarima ostavlja prostor za kontrolu, odnosno držanje "sudbine" glasanja u sopstvenim rukama, čak i u malo vjerovatnom scenariju u kojem bi manjinski akcionar ili akcionari svoje glasove skoncentrisali na lica zaposlena u društvu i druga lica koja ne mogu biti tretirana kao nezavisni direktori.

Nacrtom se uvodi i podjela na apsolutno i relativno ništave odluke skupštine akcionara. Shodno tome, u članu 156. Nacrta se posebno uređuje postupak utvrđivanja ništavosti (oglašavanja ništavim), a u članu 157. postupak poništenja odluke skupštine akcionara. Riječ je, naravno, o jednom od najznačajnijih pitanja u nacionalnim kompanijskim pravima, pa je usvajanje odvojenog pristupa, sa relativno jasnim osnovima za podnošenje različitih zahtjeva još jedan regulatorni iskorak koji Nacrt pravi u odnosu na aktuelni zakonski tekst, koji je u tom dijelu dugo provocirao određene dileme u pogledu njegove primjene.

Nacrt razvija i koncept prinudne likvidacije društva (članovi 272 – 273. Nacrta). Iako to pitanje nije bilo izričito regulisano aktuelnim zakonom, praksa je u Crnoj Gori da se postupak prinudne likvidacije privrednog društva sprovodi po pravilima stečajnog postupka. U skladu sa Nacrtom, međutim, ovaj postupak bi se u akcionarskim i društvima sa ograničenom odgovornošću odvijao po posebnim pravilima koja se, ipak, u najvećem dijelu oslanjaju na shodnu primjenu pravila o dobrovoljnoj likvidaciji društvu. U suštini, Nacrtom je predviđeno da se i postupak prinudne likvidacije sprovodi po pravilima postupka dobrovoljne likvidacije, koja su manjim dijelom korigovana shodno specifičnostima osnova za prestanak društava u slučaju njegove prinudne likvidacije. Naravno, uslov za sprovođenje tog postupka, odnosno primjenu odredaba kojima je isti uređen kako u slučaju dobrovoljne, tako i u slučaju prinudne likvidacije društva ostaje taj da likvidacioni upravnik utvrdi da je imovina društva u likvidaciji dovoljna da se podmire sva potraživanja povjerilaca, jer je u suprotnom dužan da podnese predlog za pokretanje stečajnog postupka (član 268. stav 3. tačka 6. Nacrta).

Naravno, tek će vrijeme pokazati efikasnost Nacrtom ponuđenog rješenja u dijelu prinudne likvidacije društava kod

kojih se nijesu stekli stečajni razlozi. Ipak, čini se da razlozi koji dovode do pokretanja postupka prinudne likvidacije dati u članu 272. Nacrta ne predstavljaju okolnosti koje bi opravdale *a priori* uvođenje društva u relativno komplikovan i zahtjevan postupak likvidacije kakav je stečajni postupak. Naprotiv, ukoliko se nakon donošenja sudske odluke o prinudnoj likvidaciji ne bi ustanovilo postojanje stečajnih razloga, čini se da je svrsishodnije, čak i sa stanovišta interesa samih povjerilaca, da se dalji postupak odvija po posebnim pravilima predviđenim u kompanijskom zakonu, koja taj postupak čine jednostavnijim. Interes vlasnika - akcionara je u tom smislu svakako nesporan, tim prije što se čak i kod shodne primjene pravila stečajnog postupka na prinudnu likvidaciju, bez obzira na postojeće pravne praznine u tom dijelu crnogorskog kompanijskog prava, ne može zamisliti i shodna primjena dijela odredbi Zakona o stečaju koje se odnose na reorganizaciju u stečaju. To bi, naime, bilo u suprotnosti sa samom svrhom instituta prinudne likvidacije društava.

Društvo sa ograničenom odgovornošću je još jedna materija u čije je regulisanje Nacrt u Dijelu VI (članovi 274–317 Nacrta) ušao dublje nego što je to učinjeno u Zakonu o privrednim društvima. No, prije analize novih rješenja, treba naglasiti i to da Nacrt, sasvim očekivano, zadržava postojeći koncept društva sa ograničenom odgovornošću, te da se nova regulatorna rješenja u tom kontekstu mogu posmatrati kao nadogradnja tog koncepta, a ne konceptualno značajnija izmjena. Imajući rečeno u vidu, u daljem izlaganju fokusiraćemo se na dva aspekta gore pomenute „nadogradnje“ koncepta društva sa ograničenom odgovornošću, koja je predložena tekstem Nacrta.

Jedna od najvidljivijih promjena kod društva sa ograničenom odgovornošću tiče se organa ovog društva. Prvo se skupština društva uvodi kao obavezan (vlasnički) organ društva, što nije slučaj u Zakonu o privrednim društvima. Međutim, drastičnost odnosno očekivane posljedice te promjene su u velikoj mjeri ublažene pravilima člana 310. Nacrta kojima se predviđaju brojna pojednostavljenja u radu tog organa, odnosno u funkcionisanju društva pri činjenici da je isti predviđen kao obavezan. Tako se, primjera radi, sjednice skupštine mogu održavati korišćenjem konferencijske veze ili druge audio i vizuelne komunikacijske opreme, uz uslov da

takva oprema postiže tehničke standarde kojima se omogućava da sva lica koja učestvuju u radu sjednice mogu međusobno istovremeno da komuniciraju, u kom slučaju se i eksplicitno uvodi zakonska pretpostavka da su lica koja na ovaj način učestvuju u radu sjednice lično prisutna.

Pored navedenih mogućnosti, članovima društva je, kako je to i uobičajeno, omogućeno glasanje pisanim putem, osim ako je ugovorom o osnivanju, statutom ili poslovníkom skupštine drugačije utvrđeno i u tom slučaju, za potrebe izračunavanja kvoruma, smatra se da taj član društva prisustvuje sjednici. Najzad, u članu 310. stav 4. Nacrta izričito je predviđeno da se svaka odluka može donijeti i bez sjednice, ukoliko je potpišu svi članovi društva sa pravom glasa.

Sljedeća promjena koju donosi Nacrt u pogledu organa društava sa ograničenom odgovornošću tiče se društva sa ograničenom odgovornošću koja imaju status društva od javnog interesa u smislu odredaba Nacrta. Ista moraju imati strukturu organa upravljanja, odnosno strukturu članova organa upravljanja akcionarskih društava koja imaju status društava od javnog interesa. Dakle, društva sa ograničenom odgovornošću koja spadaju u navedenu kategoriju moraju imati odbor direktora ili nadzorni i upravni odbor, zavisno od modela upravljanja za koji optiraju. Takođe, moraju imati i odgovarajuću strukturu članova odbora direktora ili nadzornog odbora u smislu postizanja minimalnog broja članova tih organa sa statusom nezavisnih direktora.

Još jedna kategorija društva sa ograničenom odgovornošću u pogledu kojih se Nacrtom predlaže, odnosno uvodi promjena uobičajene strukture organa u društvima sa ograničenom odgovornošću jesu društva u ovoj organizacionoj formi koja istovremeno imaju status velikih društava u smislu propisa kojima se regulišu računovodstvo i revizija. Ta društva moraju imati strukturu organa upravljanja, odnosno strukturu članova organa upravljanja akcionarskih društava, u skladu sa odredbama Nacrta.

Nacrt predviđa i rješenja za moguće probleme u pogledu transformacije organizacione strukture gore pomenutih kategorija društava sa ograničenom odgovornošću, kada u jednu od dvije naznačene kategorije uđu naknadno, tj. nakon

osnivanja. Stoga su ova pitanja dodatno uređena tekstem Nacrta, na sljedeći način.

Društva sa ograničenom odgovornošću koja naknadno steknu status društava od javnog interesa dužna su da izvrše prilagođavanje strukture organa upravljanja, odnosno strukture članova tih organa u roku od tri mjeseca od dana donošenja rješenja Komisije za hartije od vrijednosti kojim se potvrđuje uspješnost emisije. Društva koja nakon osnivanja steknu status velikog društva u skladu sa propisima iz oblasti računovodstva, dužna su da izvrše prilagođavanje strukture organa upravljanja, odnosno strukture članova tih organa u roku od šest mjeseca od završetka finansijske godine u kojoj su se stekli uslovi za promjenu statusa.

Nacrtom su posebno uređena pitanja istupanja i isključenja člana iz društva sa ograničenom odgovornošću. Članom 305. Nacrta omogućava se istupanje iz tzv. "opravdanih razloga", čime se članu društva kojem drugi članovi ili društvo prouzrokuju štetu, koji je spriječen u ostvarivanju svojih prava u društvu, ili mu neki članovi društva, odnosno samo društvo nameću nesrazmjerne obaveze, ili ga na drugi način diskriminišu, daje pravo da podnese zahtjev za istupanje iz tog društva. Prvo se taj zahtjev podnosi samom društvu, a potom, ukoliko isti nije prihvaćen, daje se mogućnost akcionaru koji je iskazao želju da istupi da se obrati nadležnom sudu radi omogućivanja istupanja iz društva uz odgovarajuću naknadu vrijednosti uloga. Naravno, sam postupak pred sudom podrazumijeva provjeru postojanja opravdanih razloga i dodjeljivanje odgovarajuće naknade za udio članu koji istupa. Ukoliko rezultat provjere nije odgovarajući, tj. kada se utvrdi da opravdani razlozi ne postoje, član društva će biti dužan da nadoknadi društvu time prouzrokovanu štetu.

Kada je riječ o isključenju člana društva, članom 306. Nacrta je predviđeno da je član društva taj koji može podići tužbu protiv drugog člana društva kojom će od nadležnog suda zahtijevati da ga isključi iz društva u slučaju postojanja opravdanog razloga. Ovo je relativno specifično i riskantno regulatorno rješenje, jer daje mogućnost i manjinskim članovima društva da isključe većinske ukoliko su za to ispunjeni uslovi, tj. kada postoje opravdani razlozi, a to su slučajevi kada član društva namjerno ili grubom nepažnjom prouzrokuje štetu društvu ili drugim članovima društva, te

kada član društva svojim ponašanjem sprječava ili otežava poslovanje društva. Imajući široko postavljen krug lica, tj. članova koji mogu podnijeti zahtjev za isključenje drugog člana iz društva, čini se da je drugi od dva “opravdana razloga” za isključenje – “kada član društva svojim ponašanjem sprječava ili otežava poslovanje društva”, pretjerano široko postavljen te da mu sa stanovišta stvaranja stimulativnog poslovnog, odnosno investicionog ambijenta nema mjesta u Nacrtu.

Još jedno pitanje kod isključenja člana društva sa ograničenom odgovornošću koje je riješeno na specifičan način tiče se subjekta na čiji se teret određuje obaveza isplate vrijednosti udjela isključenog člana društva. U Nacrtu je to član društva koji je podnio tužbu za isključenje, ali je to svakako neodrživo rješenje, s obzirom da neopravdano lišava ostale članove društva dotadašnjeg uticaja, tj. procentualnog udjela u vlasništvu nad predmetnim društvom. Ovdje bi se ta obaveza, dakle, morala ustanoviti na teret svih članova društva, srazmjerno njihovim udjelima u vlasništvu nad društvom, ili bi se, pak, obaveza isplate udjela isključenog člana društva mogla ustanoviti i na teret samog društva, što je manje poželjna opcija sa pozicija potrebe da se društvu ni u ovim slučajevima ne ugroze likvidnost i investicioni potencijal.

Jedini sasvim novi u odnosu na aktuelni Zakon o privrednim društvima, jeste **Dio VII – Prekogranična spajanja** društava kapitala (članovi 319 - 328). Inače, taj dio Nacrta, naravno, neće se primjenjivati do dana pristupanje Crne gore Evropskoj uniji, ali je konceptualno specifičan i zaslužuje posebnu pažnju na ovom mjestu.

Dijelom VII Nacrta u crnogorsko pravo biće transponovane specifične i komplikovane odredbe Direktive 2005/56/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća o prekograničnim spajanjima društava kapitala, koja je nastala kao rezultat dugotrajnog procesa koji seže nekoliko decenija unazad u odnosu na trenutak finalizacije samog teksta i konačnog stupanja na snagu.³⁷ Njen osnovni cilj, pa samim tim i

³⁷ Direktiva o prekograničnim spajanjima se nerijetko naziva i Desetom direktivom kompanijskog prava Evropske unije. No, imajući u vidu da je taj naziv trebalo da nosi tekst koji je bio pripremljen od strane Evropske komisije u formi Predloga Direktive o prekograničnim spajanjima iz 1984. godine, a koji nije izglasan u Evropskom parlamentu, postavlja se pitanje adekvatnosti takvih analogija. Takođe, potrebno je imati u vidu da je odnedavno i tekst Direktive 2005/56/EZ integrisana u Direktivu (EU)

odredaba Nacrta kojim se transponuje u crnogorsko pravo, jesu nesmetano odvijanje procesa spajanja društava kapitala iz različitih država članica Evropske unije, odnosno nesmetano uživanje slobode kretanja kapitala (eng. “free movement of capital”) i slobode poslovnog nastanjivanja (eng. “freedom of establishmen”), koje, između ostalih, predstavljaju esenciju koncepta jedinstvenog tržišta Evropske unije.³⁸

Sam koncept prekograničnog spajanja prezentiran Dijelom VII Nacrta naslanja se na koncept spajanja akcionarskih, odnosno društava kapitala sa sjedištem u Crnoj Gori, što je logična posljedica okolnosti da je i tekst Direktive 2005/56/EZ samo razrada koncepta spajanja “domaćih” društava kapitala iz Direktive 2011/35/EU Evropskog parlamenta i Savjeta od 5. aprila 2011. o spajanjima javnih društava kapitala. Praktična posljedica toga jeste da ova Direktiva ne sadrži u značajnijoj mjeri odredbe materijalnog prava koje bi predstavljale „uzor“ nacionalnim pravima, već se pretežno orjentiše na preciziranje mjerodavnog nacionalnog prava za različite faze postupka prekograničnog spajanja. Shodno tome su odredbe Nacrta o prekograničnom spajanju fokusirane na uređivanje specifičnih aspekata samog postupka prekograničnog spajanja. U tom smislu, smatramo, posebno su značajni član 326. i 327. Nacrta kojim se uređuju pitanja prijave, odnosno registracije postupka prekograničnog spajanja za preuzeto ili društvo preuzimaoca sa sjedištem u Crnoj Gori. Ovim odredbama Nacrta se samo rješenje o registraciji prekograničnog spajanja izjednačava sa potvrdom (eng. “certificate”) kojim se nedvosmisleno potvrđuje potpuno i u skladu sa nacionalnim *lex societatis* izvršenje svih radnji, odnosno donošenje svih akata koja prethode činu prekograničnog spajanja, čije je dobijanje, odnosno podnošenje

2017/1132 Evropskog Parlamenta i Savjeta od 14. juna 2017., o određenim aspektima kompanijskog prava, zajedno sa još pet tzv. “kompanijskih direktiva” iz prava Evropske unije. Time su integrisane direktive stavljene formalno van snage, ali su njihove odredbe u cjelini ostale na snazi kao odredbe novog konsolidovanog teksta Direktive (EU) 2017/1132.

³⁸ Više o istorijatu nastanka direktive, njenim ciljevima i određenim dilemama u pogledu transpozicije i primjene njenih odredbi: V. Savković, Izazovi pristupnih pregovora Crne Gore sa Evropskom unijom: Prekogranična spajanja društava kapitala, Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, broj 2013/42, str. 229 – 245.

nadležnim organima drugih država članica Evropske unije *differentia specifica* postupka prekograničnog spajanja.³⁹

U **Dijelu VIII – Dio stranog društva** (član 329. Nacrta) nije došlo do bitnih promjena postojećeg regulatornog okvira.

U **Dijelu IX – Postupak registracije i način vođenja CRPS-a** (članovi 330 – 339. Nacrta) takođe nije promijenjen aktuelni koncept registracije koji funkcioniše po sistemu prijave. Međutim, isključena je “povreda nekog drugog propisa” kao osnov za odbijanje registracije iz aktuelnog Zakona o privrednim društvima,⁴⁰ što je očigledno rezultat brojnih problema koje je ovaj osnov stvarao u praksi, prije svega, zbog činjenice da je kontradiktoran suštini samog sistema prijave. Ovaj dio je dodatno upodobljen potrebi, odnosno obavezi uspostavljanja funkcionalnog sistema elektronske registracije privrednih društava, prije svega, kroz redefinisanje određenih pojmova, te dopunu i preciziranje odredbi koje regulišu primjenu elektronskih sredstava komunikacije u postupku registracije.

Konačno, u skladu sa obavezama iz “evropske agende”, uveden je i koncept sistema interkonekcije registara privrednih subjekata, kao sistema veze između registara privrednih subjekata država članica Evropske unije koji je zasnovan na zajedničkoj elektronsko-tehnološkoj platformi i portalu koji predstavlja jedinstvenu evropsku pristupnu tačku. Nacrt je dalju razradu tog sistema na nivou njegovog crngogorskog podsegmenta najvećim dijelom prepustio podzakonskoj regulativi.

Ne i najmanje značajno, Nacrtom se ispravlja još jedna nedorečenost važećeg Zakona o privrednim društvima. Poreska uprava je ta koja se opravdano definiše, tj. utvrđuje kao nadležni registarski organ u postupku registracije privrednih subjekata. U aktuelnom zakonskom tekstu je to Centralni registar privrednih subjekata, koji ne postoji kao poseban državni organ. Naime, u sklopu Poreske uprave funkcioniše samo Odsjek za Centralni registar privrednih subjekata, koji nije državni organ, a sam Centralni registar privrednih subjekata je ništa više do javni registar, tj. javna knjiga koja predstavlja zbirku isprava nastalu unosom odgovarajućih podataka po podnijetim zahtjevima za registraciju privrednih

³⁹ Vidi: Član 127. Direktive (EU) 2017/1132, odnosno član 10. Direktive 2005/56/EZ.

⁴⁰ Član 86. stav 4. tačka 3. ZoPD.

društava, koji se vrši na osnovu javnih tj. zakonskih ovlašćenja.

Zaključna razmatranja

Nacrt Zakona o privrednim društvima koji je bio na javnoj raspravi krajem 2017. godine donosi značajno proširenje u pogledu obima materije koju reguliše, ali i čitav niz novih pravnih instituta na planu regulisanja odnosa koji su i dosad bili uređeni Zakonom o privrednim društvima. S tim u vezi, sasvim očekivano, na javnoj sceni, na jednoj strani su pristalice detaljnijeg regulisanja materije kompanijskog prava, a na drugoj pristalice uslovno rečeno "restriktivnijeg pristupa". Prvi svoj stav, između ostalog, baziraju na sljedećim činjenicama. Prije svega, aktuelni zakonski tekst je podnormiran, što je posebno vidljivo u svijetlu standarda i prakse regulisanja ove materije u Evropi i neposrednom okruženju. Potom, crnogorski sudovi, slijedeći donekle prevaziđen model rada kontinentalno-evropskih pravosuđa,⁴¹ nijesu pokazali značajniju sklonost supstituciji slučajno ili namjerno ostavljenih pravnih praznina u jednoj vrlo složenoj i istorijski novoj materiji u Crnoj Gori, koja je aktuelnim zakonskim tekstom u značajnoj mjeri uređena po uzoru na anglo-američke standarde zakonskog regulisanja. Najzad – a to treba istaći i u odbranu samog pravosuđa - crnogorski privredni sistem prosto je mali i nedovoljno razvijen. Odatle i ne može iznjedriti dovoljan broj slučajeva koji bi omogućili standardizaciju i ujednačavanje sudske prakse kod značajnog

⁴¹ Nije cilj ovog rada da se bavi pitanjem istorijskog nasljeđa i aktuelnog trenutka u razvoju bilo kojeg od dva velika pravna sistema – kontinentalno-evropskog i anglo-američkog, ali je danas golim okom vidljiva njihova konvergencija, te da je jedan od njenih glavnih pravaca, tj. trendova rast kreativnosti u tumačenju i primjeni opštih pravnih načela od strane evropskih sudova. Ovo se posebno odnosi na evropske nadnacionalne sudove koji u svojoj potrazi za pravdom mimo (pozitivnog) prava, pored toga što ga tumače i primjenjuju, sve više kreiraju evropsko pravo koje, upravo shodno pojedinim „mega principima“ tog evropskog prava, poput principa neposredne primjene i principa supermacije, predstavlja integralan i važan dio nacionalnih pravnih sistema. Primjera radi, vidi: L. V. De Freitas, *The Judicial Activism of the European Court of Justice*, *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (eds. L. P. Coutinho, M. La Torre, S. D. Smith), Springer International Publishing, 2015, 173 – 180; M. Blauburger, S. K. Schmidt, *The European Court of Justice and its political impact*, *West European Politics*, 2017, Vol. 40(4), 907-918.

broja pravnih pitanja čiji je način rješavanja, bilo u zakonu ili sudskoj praksi, nesporan u sistemima čiji stepen efikasnosti korporativnog upravljanja i zaštite prava društava i njihovih vlasnika Crna Gora teži da dostigne. Na drugoj strani, pak, imamo i dio javne scene koji Nacrt doživljava kao nepotrebno dodatno administriranje privrede u dijelu statusnih pitanja, te kao instrument kojim će se potencijalno uvesti nove “biznis prepreke” u crnogorskoj ekonomiji i narušiti ukupna investiciona klima. U jeku rasprave o konceptima, tj. jednom ili drugom regulatornom pristupu, međutim, ne treba zapostaviti ni ona “mala pitanja”, koja su, naravno, samo naizgled mala. Riječ je o finim i svakako potrebnim podešavanjima brojnih regulatornih rješenja u Nacrtu koja su prenijeta iz aktuelnog zakonskog teksta, kao i ne malog broja onih koja će donijeti nova pravila ponašanja u ovoj dinamičnoj i za privredu vitalnoj oblasti. Naime, kao i svaki drugi, bilo da je riječ o pozitivnim ili negativnim pojavama, crnogorski privredni ambijent ima svoje specifičnosti koje je potrebno prepoznati i istima prilagoditi odgovarajuća zakonska rješenja sa ciljem kreiranja što stimulativnijeg regulatornog i ukupnog investicionog ambijenta.

Summary

On certain aspects of Montenegrin draft law on business organizations

Regarding both laymen and professional community in Montenegro, the period behind us has been marked with various formal and informal aspects of the debate on the Draft Law on Business Organizations. Having in mind the significance of this legislative instrument for any including Montenegrin economic system, as well as the fact that its enactment is the key closing benchmark for negotiations in Chapter 6 - Company law within accession negotiations between Montenegro and European Union, that was to be expected. In view of this, the subject of analyses in this paper, beside the concept and key nomotechnical aspects of the Draft Law, are the most important changes of the current regulatory framework suggested by the drafters.

Along with these, the subject of analyses to a lesser extent are certain regulatory solutions that are literally or essentially transposed in the Draft from the existing Law on Business organizations. These are also analyzed from the point of view of expediency of the drafters' decision to let them stand.

Doc.dr Darko RADULOVIĆ¹

ODMJERAVANJE JEDINSTVENE KAZNE

Odmjeravanje kazne predstavlja jedno od najznačajnijih pitanja krivičnog prava. Ono ima izuzetan značaj za svako društvo, jer sudsko odmjerenje kazne, u suštini, predstavlja ostvarivanje funkcije krivičnog prava i kaznene politike države. Zakonodavac određuje kaznene okvire za svako krivično djelo i ostavlja sudu da, imajući u vidu svrhu kažnjavanja i okolnosti vezane za krivično djelo i učinioca krivičnog djela, odmjeri kaznu. Ovakvo odmjerenje kazne naziva se redovno odmjerenje kazne i vrši se u okviru propisane kazne za određeno krivično djelo. Međutim, nešto složenija situacija jeste u slučaju kada se sudi za više krivičnih djela kada treba izreći jedinstvenu kaznu. Zato sva zakonodavstva uređuju pitanje odmjerenja jedinstvene kazne u takvim slučajevima. U savremenom krivičnom zakonodavstvu, pa i u zakonodavstvu Crne Gore postoje slučajevi odmjerenja jedinstvene kazne kod: a) odmjerenja kazne za krivična djela u sticaju, b) odmjerenja kazne osuđenom licu i c) odmjerenja kazne kod opoziva uslovne osude. Autor u ovom radu govori o tim slučajevima ukazujući na poteškoće sa kojima se sudovi susrijeću i sugerišući kako da se neki problemi riješe.

Ključne riječi: učinilac, krivično djelo, sticaj, sud, jedinstvena kazna.

Uvodne napomene

Odmjeravanje kazne predstavlja značajno pitanje kako u krivičnopravnoj teoriji, tako i u praksi. U određenom smislu sve odredbe krivičnog zakonodavstva svoje oživotvorenje nalaze upravo u postupku odmjerenja kazne. Nauka krivičnog prava je kroz cijelu istoriju razvoja ljudskog društva nastojala da da svoj doprinos ne samo razvoju, nego i humanizaciji

¹ Profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore

krivičnog prava, pogotovu u oblasti krivičnih sankcija, počev od njihovog sistema, pa do izbora vrste i mjere kazne. Poseban problem i u zakonodavstvu, teoriji i praksi jeste odmjeravanje i izricanje jedinstvene kazne. Imajući u vidu odredbe Krivičnog zakonika Crne Gore² do izricanja jedinstvene kazne može doći ako se učiniocu sudi za krivična djela učinjena u sticaju (čl. 48), ako se osuđenom sudi za krivično djelo učinjeno prije nego je započeo izdržavanje kazne po ranijoj osudi ili za krivično djelo učinjeno za vrijeme izdržavanja kazne zatvora ili maloljetničkog zatvora (čl. 50) ili ako sud opozove uslovnu osudu zbog novog krivičnog djela (čl. 55).

Odmjeravanje jedinstvene kazne za krivična djela u sticaju

Savremena krivična zakonodavstva propisuju posebna pravila kojima se uređuje odmjeravanje jedinstvene kazne za krivična djela učinjena u sticaju. Opšteprihvaćeno stanovište jeste da se u ovakvim slučajevima mora odrediti jedinstvena kazna. Neka zakonodavstva prave razliku obzirom na to da li se radi o idealnom ili realnom sticaju, tako što se kod idealnog sticaja ne utvrđuju kazne za svako pojedinačno djelo, već se izriče samo jedna kazna za sva djela. Naše zakonodavstvo ne pravi nikakvu razliku između idealnog i realnog sticaja kada se radi o odmjeravanju jedinstvene kazne. Međutim, postoji i mišljenje da idealni sticaj treba blaže cijiniti nego realni sticaj jer kod njega nema onog ponavljanja radnje krivičnog djela, a nekad i svako djelo koje je obuhvaćeno idealnim sticajem nema svoj samostalni materijalni supstrat³, tj. svoju posebnu kriminalnu količinu, odnosno krivičnopravnu autonomiju.⁴ Osnovno pitanje u vezi sa problemom odmjeravanja kazne za krivična djela u sticaju jeste na koji način doći do jedinstvene kazne. U savremenom zakonodavstvu po tom pitanju, uglavnom, postoje dva rješenja. Po jednom, koje je i najzastupljenije u savremenom zakonodavstvu, prvo se utvrđuje kazna za svako pojedinačno djelo, a onda se

² Službeni list RCG br. 70/03 i 47/06 i Službeni list CG br. 40/08, 25/90, 32/11, 40/13.

³ Dr Zoran Stojanović, Krivično pravo, Podgorica, 2008. g., str. 302.

⁴ Dr Miloš Babić i dr Ivanka Marković, Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, 2009. g., str. 398.

primjenom poznatih principa asperacije, apsorpcije i kumulacije dolazi do jedinstvene kazne. Kod principa apsorpcije najteža kazna apsorbuje sve ostale kazne, kod principa asperacije se najteža pojedinačna kazna povisuje ali tako da ne dostigne zbir pojedinačno utvrđenih kazni, a kod principa kumulacije jedinstvena kazna predstavlja zbir pojedinačno utvrđenih kazni.

Po drugom rješenju jedinstvena kazna se odmjerava bez prethodnog utvrđivanja kazne za svako djelo pojedinačno, pri čemu se koriste različiti načini određivanja kaznenih okvira unutar kojih se odmjerava jedinstvena kazna. U KZ Crne Gore prihvaćeno je prvo rješenje, pa je u članu 48 propisano “ako je učinilac jednom radnjom ili sa više radnji učinio više krivičnih djela (idealni i realni sticaj) za koga mu se istovremeno sudi, sud će prethodno utvrditi kaznu za svako od tih djela, pa će za sva ta djela izreći jedinstvenu kaznu”. Pri tome će, zavisno o kojoj kazni se radi, primijeniti neki od gore navedenih principa. Princip apsorpcije primjenjuje se ako je za neko od djela utvrđena kazna zatvora od četrdeset godina, onda ona apsorbuje sve ostale kazne. U literaturi nalazimo mišljenje da se apsorpcija primjenjuje i u slučaju ako je za neko djelo u sticaju utvrđena kazna zatvora od dvadeset godina, koja apsorbuje sve ostale kazne zatvora⁵. Drugi ističu da nije jasno da li je riječ o propustu u KZ ili je u pitanju nešto drugo, ali KZ ne reguliše situaciju kada je za jedno djelo u sticaju utvrđena kazna zatvora od dvadeset godina kako se dolazi do jedinstvene kazne, ali navode da bi se i tu trebala primijeniti apsorpcija.⁶

Teško je povjerovati da je zakonodavac previdio ovu situaciju, nego mislimo da je htio da i u ovom slučaju primijeni princip apsorpcije kod određivanja jedinstvene kazne, on bi to i učinio. Uostalom, i do sada su bile česte izmjene KZ, pa da je zakonodavac htio da i u pomenutom slučaju primijeni princip apsorpcije, on bi to novelom KZ i učinio.

Apsorpcija se primjenjuje još u jednom slučaju kojeg zakonodavac izričito ne navodi, a riječ je o tzv. nužnoj apsorpciji. Naime, kazna zatvora od šest mjeseci apsorbuje

⁵ Dr Zoran Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, Podgorica, 2010. g., str. 199.

⁶ Dr Ljubiša Lazarević i drugi, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Tivat, 2010. g., str. 153.

kaznu zatvora od trideset dana jer se kazna zatvora preko šest mjeseci ne može izreći na dane (čl. 36 st. 2), a prema principu apsorpcije jedinstvena kazna mora biti manja od zbira pojedinačnih kazni.

Princip kumulacije primjenjuje se u slučaju kada je sud za krivična djela u sticaju utvrdio samo novčane kazne. U tom slučaju izreći će jednu novčanu kaznu u visini zbira utvrđenih kazni, s tim da ona ne smije preći dvadeset hiljada eura, odnosno sto hiljada eura kada su jedno ili više krivičnih djela izvršeni iz koristoljublja, a ako je utvrdio samo novčane kazne u dnevnim iznosima, ona ne smije preći iznos od tri stotine šezdeset hiljada eura (čl. 48 st. 1 tač. 4).

Ovdje je ostalo otvoreno pitanje kako se za djela u sticaju izriče novčana kazna u dnevnim iznosima, što, po nekima, ukazuje da ni zakonodavac nema jasnu predstavu o ovoj kazni.⁷

Kao što vidimo kod izricanja jedinstvene novčane kazne obavezna je primjena principa kumulacije. Da podsjetimo, prema Krivičnom zakonu SFRJ (pa i SRJ) kod izricanja jedinstvene novčane kazne sud je mogao da primijeni i princip asperacije i kumulacije, što je, čini nam se, i bolje rješenje jer više odgovara pravilima kod odmjeravanja novčane kazne, pogotovo pravilu da se prilikom odmjeravanja novčane kazne vodi računa o imovnom stanju učinioca krivičnog djela.

Ako je za neka krivična djela u sticaju utvrdio kazne zatvora, a za druga djela novčane kazne, sud će po principu asperacije izreći jednu kaznu zatvora, a po principu kumulacije jednu novčanu kaznu kao sporednu, bez obzira što je za neko djelo novčana kazna bila utvrđena kao jedina kazna jer jedinstvena kazna ne može imati dvije glavne kazne. Novčanu kaznu kao sporednu sud će izreći ako je utvrđena makar i za jedno krivično djelo u sticaju, a ako je utvrdio više novčanih kazni izreći će jednu novčanu kaznu po principu kumulacije.

Ako je za krivična djela u sticaju utvrdio samo kazne rada u javnom interesu, izreći će samo jednu kaznu rada u javnom interesu u visini zbira utvrđenih časova rada, s tim da

⁷ Dr Ljubiša Lazarević i drugi, Op. cit. str. 154.

ona ne smije preći dvije stotine četrdeset časova,⁸ a vrijeme u kojem se rad mora obaviti ne smije biti duže od šest mjeseci (čl. 48 st. 2 tač. 5).

Princip asperacije je najzastupljeniji u praksi i primjenjuje se u slučaju kada su za pojedina krivična djela utvrđene kazne zatvora. I u teoriji i u savremenom zakonodavstvu smatra se da je to najpovoljnije rješenje između apsorpcije i kumulacije. Primjena principa apsorpcije u ovom slučaju dovela bi do veoma blagog kažnjavanja, a primjena principa kumulacije za posljedicu bi imala strogo kažnjavanje i visoke kazne koje nekada, obzirom na životnu dob učinioaca ne bi mogle biti ni izvršene.

Prema članu 48 stav 2 tačka 2 princip asperacije primijenit će se u slučaju kada je sud za krivična djela u sticaju utvrdio kazne zatvora, jedinstvenu kaznu će izreći tako što će povisiti najtežu utvrđenu kaznu, s tim da jedinstvena kazna ne smije dostići zbir utvrđenih kazni (relativna gornja granica) niti preći dvadeset godina zatvora (apsolutna gornja granica). Koji je to slobodni prostor (raspon) u okviru kojeg se sud može kretati kod određivanja jedinstvene kazne? Donja granica u tom prostoru je povišena najteža od utvrđenih pojedinačnih kazni, a gornja granica je kazna koja je manja od zbira svih pojedinačnih kazni. Odredbama KZ su date samo granice u kojima se sud može kretati kod izricanja jedinstvene kazne, ali se ne navode i kriteriji kod odmjeravanja jedinstvene kazne unutar zadatih granica. Neizgrađenost tih kriterija stvara problem sudovima što posebno dolazi do izražaja kod tzv. nepravog ponavljanja krivičnog postupka (čl. 421 ZKP). To što se nekada u odlukama vrhovnih sudova (u vrijeme SFRJ) isticalo “da jedinstvena kazna treba da bude logičan zaključak procesa utvrđivanja pojedinačnih kazni” ili da “ukupna kazna treba da bude u razmjeru sa kaznama utvrđenim za pojedina djela” ništa ne pomaže jer i dalje ostaje nejasno kako treba odmjeriti jedinstvenu kaznu, a proizvoljnost u odmjeravanju jedinstvene kazne može da obesmisli sav trud kod utvrđivanja pojedinačnih kazni. Neka zakonodavstva pokušala su da taj problem riješe zakonskom normom, kao što je učinjeno u Krivičnom zakoniku Njemačke (koji takođe usvaja princip

⁸ Ovdje se radi o omašci zakonodavca, jer je ova granica izmjenama i dopunama KZ pomjerena na trista šezdeset časova.

asperacije) gdje je u čl. 54 st. 1 propisano da se pri formiranju jedinstvene kazne imaju ocjenjivati učiniočeva ličnost i pojedina krivična djela u njihovoj ukupnosti. Međutim, i dalje je ostalo otvoreno pitanje da li se one okolnosti koje su uticale na utvrđivanje kazni za pojedina krivična djela, cijene i kod odmjeravanja jedinstvene kazne. Po tom pitanju mišljenja u literaturi su podijeljena. Po jednim pri odmjeravanju kazne za jedno djelo u sticaju ne smiju se uzimati u obzir druga krivična djela, a pri odmjeravanju jedinstvene kazne imaju se isključiti one okolnosti koje su već uzete u obzir pri odmjeravanju pojedinačnih kazni, što se obrazlaže zabranom dvostrukog vrednovanja okolnosti važnih za odmjeravanje kazne.⁹

Ovom shvatanju se prigovara da previše pojednostavljuje čitavu problematiku u težnji da postavi jasne kriterije razgraničenja, pa kako su u pitanju dvije odvojene faze u procesu odmjeravanja kazne i u svakoj od njih određene okolnosti imaju prevagu, ali je praktično nemoguće odvojiti okolnosti važne za odmjeravanje pojedinačne i jedinstvene kazne.¹⁰ Neke okolnosti koje su uzete u obzir prilikom odmjeravanja pojedinačnih kazni mogu dobiti jedan novi kvalitet, odnosno mogu se drugačije posmatrati ako se imaju u vidu i ostala krivična djela.

Prilikom odmjeravanja jedinstvene kazne u prvom planu jeste ukupna ocjena o svim učinjenim krivičnim djelima na osnovu značaja i težine koju ona zajedno imaju, njihov međusobni odnos i u vezi sa tim njihova veća ili manja samostalnost, a takođe i odnos učinioca prema svim djelima.¹¹ Radi se o sintetičkoj ocjeni svih djela pri čemu sva pojedinačna djela moraju biti obuhvaćena sveobuhvatnim pogledom. Nisu u pravu autori koji se protive korišćenju istih okolnosti kod odmjeravanja pojedinačnih kazni i jedinstvene kazne pozivajući se na zabranu dvostrukog vrednovanja okolnosti važnih za odmjeravanje kazne. Ova zabrana sprečava ponovno vrednovanje onog što je zakonodavac već vrednovao, a o tome ovdje nije riječ, jer obje ocjene vrši sud prvi put kod analitičkog

⁹ V. Shönke-Schöder: Strafgesetzbuch, 22, izd. 1985. g., bilješka uz čl. 54, citirano prema dr Petar Novoselec, Odmjeravanje jedinstvene kazne, JRKK, br. 3-4, 1986. g., str. 51; dr Franjo Bačić, Krivično pravo, Zagreb, 1978, str. 450; dr Bora Čejović, Krivično pravo u sudskoj praksi, Opšti deo, Beograd, 1983. g., str. 368.

¹⁰ Dr Petar Novoselec, op. cit., str. 51.

¹¹ Dr Zoran Stojanović, Komentar, str. 200.

razmatranja (prilikom odmjeravanja pojedinačne kazne) a drugi put kod sintetičkog razmatranja (prilikom odmjeravanja jedinstvene kazne).

Okolnosti koje su značajne za odmjeravanje pojedinačnih kazni i koje se cijene i kod odmjeravanja jedinstvene kazne mogli bismo nazvati derivativnim okolnostima. Međutim, za odmjeravanje jedinstvene kazne od posebnog značaja su originarne okolnosti koje, u principu, utiču samo na odmjeravanje jedinstvene kazne. U literaturi one se dijele na one koje su relevantne za krivicu i okolnosti relevantne za prevenciju.¹² Okolnosti relevantne za krivicu determinišu ocjenu jedinstvene krivice,¹³ koja nije prosti zbir pojedinačnih krivica. Upravo radi toga što postoji jedinstvena krivica, koja je različita od pojedinačnih krivica i primjenjuje se princip asperacije po kome je jedinstvena kazna vezana za jedinstvenu krivicu. Jedinstvena krivica zavisi od težine pojedinih djela i od njihovog međusobnog odnosa. Kada se kaže od njihovog međusobnog odnosa onda je od važnosti da li su ta djela istovrsna ili različita. Ako su istovrsna i u određenom smislu, predstavljaju jedinstvenu djelatnost (što se graniči sa produženim krivičnim djelom), onda će jedinstvena krivica biti manja, a time i jedinstvena kazna biće blaža. U suprotnom, ako su krivična djela različita jedinstvena krivica je veća, a to produkuje i težu kaznu. Isto tako od vrste sticaja zavisi jedinstvena krivica, odnosno jedinstvena težina djela, koja je, u principu, veća kod realnog sticaja. Nadalje jedinstvena krivica zavisi i od okolnosti vezanih za ličnost učinioca, kao što su sklonost ka vršenju određenih krivičnih djela, upornost u vršenju krivičnih djela i slično.

Originarne okolnosti vezane za prevenciju koje utiču na jedinstvenu kaznu treba cijeliti sa stanovišta specijalne prevencije i procjene djelovanja jedinstvene kazne na buduće ponašanje učinioca krivičnog djela. Princip asperacije je i uveden radi toga što sa aspekta specijalne prevencije nije opravdano sabiranje pojedinačnih kazni, jer bi se u nekim slučajevima ta kazna pretvorila u doživotnu kaznu. Radi toga je potrebno dati ocjenu cjelokupne ličnosti učinioca krivičnog

¹² Dr Petar Novoselec, op. cit., str. 55.

¹³ Pojam jedinstvene krivice prvo se pojavio u njemačkoj doktrini i judikaturi. Vidi: Schweling: Die Bemessung der Gesamtstrafe, Goltdammer's Arhiv für Strafrecht 1955 g., citirano po dr Petar Novoselec, op. cit., str. 55.

djela i na temelju nje utvrditi da li je za postizanje specijalno-preventivne svrhe potrebna kraća ili duža jedinstvena kazna što će se postići time što će se utvrditi učiniočeva "progresivna osjetljivost" na kaznu.¹⁴ U ovoj ocjeni posebno treba imati u vidu starosnu dob učinioaca, njegovo zdravstveno stanje, porodične prilike, raniju osuđivanost i slično.

Po sistemu asperacije za odmjeravanje jedinstvene kazne mjerodavno je utvrđena kazna za pojedina krivična djela. Gornja granica je ograničena opštim maksimumom kazne zatvora i ne smije dostići zbir pojedinačno utvrđenih kazni. Međutim, KZ u članu 48 st. 2 tač. 3 predviđa jedno ograničenje u tom pogledu, a odnosi se na lakša krivična djela. U tom smislu ako su za sva krivična djela u sticaju propisane kazne zatvora do tri godine, jedinstvena kazna ne može biti veća od deset godina zatvora. Osnovni smisao ovog ograničenja jeste da se onemogući izricanje dugih kazni zatvora za lakša krivična djela, što bi po osnovnom principu asperacije bilo moguće, ali ne bi bilo adekvatno za takva krivična djela i njihove učinioce. Modifikacija principa asperacije u ovom slučaju nije samo u pogledu određivanja gornje granice kod odmjeravanja jedinstvene kazne, nego i u tome što se ovdje polazi ne samo od utvrđenih kazni, nego i od propisane kazne.

U članu 48 st. 4 reguliše se jedna posebna situacija, kada je sud za neka krivična djela u sticaju utvrdio kaznu zatvora, a za neka kaznu maloljetničkog zatvora. Ovakva situacija je moguća u dva slučaja. Prvi slučaj je kad se punoljetnom licu sudi za više krivičnih djela od kojih je neka izvršio kao stariji maloljetnik, a neka kao punoljetnik, pa mu se istovremeno sudi za sva ta djela u kom slučaju će mu se kazna maloljetničkog zatvora utvrditi za krivična djela koja je izvršio kao maloljetnik, a kazna zatvora za djela koja je izvršio kao punoljetnik. Drugi slučaj je kad maloljetnik u toku izvršenja kazne maloljetničkog zatvora, a nakon što je postao punoljetan, izvrši krivično djelo za koje mu se, primjenom odredaba o sticaju utvrdi kazna zatvora. U oba slučaja, primjenom principa asperacije sud će izreći jedinstvenu kaznu zatvora. Zakonikom nije predviđena mogućnost izricanja zajedno i kazne zatvora i uslovne osude, ali se izričito i ne zabranjuje. Međutim, imajući u vidu odredbe KZ o

¹⁴ Dr Petar Novoselec, op. cit., str. 56.

odmjeravanju kazne za krivična djela u sticaju, kao i odredbe koje se inače odnose na kaznu zatvora, odnosno uslovnu osudu, sistematskim tumačenjem može se zaključiti da takva kombinacija nije dozvoljena.

Odmjeravanje kazne osuđenom licu

Osim u slučaju sticaja krivičnih djela do izricanja jedinstvene kazne dolazi i u slučaju odmjeravanja kazne osuđenom licu. Tako je u članu 50 KZ propisano “ako se osuđenom licu sudi za krivično djelo učinjeno prije nego što je započelo izdržavanje kazne po ranijoj osudi ili za krivično djelo učinjeno za vrijeme izdržavanja kazne zatvora ili maloljetničkog zatvora, sud će izreći jedinstvenu kaznu za sva krivična djela primjenom odredaba člana 48 (odredaba o odmjeravanju kazne za krivična djela u sticaju), uzimajući ranije izrečenu kaznu kao već utvrđenu. Kazna ili dio kazne koju je osuđeni izdržao uračunaće se u izrečenu kaznu zatvora.”

Razlozi za ovo su prevashodno procesne i kriminalno-političke prirode,¹⁵ a uz to ovim se otklanja mogućnost neravnopravnog položaja okrivljenog kome se, iz bilo kog razloga, sudi za više učinjenih djela u različito vrijeme, od položaja okrivljenog kome se istovremeno sudi za sva učinjena krivična djela.¹⁶ Dakle, ratio legis ovog instituta je potreba da optuženi bude u istom položaju prilikom izricanja kazni za sva učinjena krivična djela, bez obzira da li mu se sudi istovremeno ili u različito vrijeme.¹⁷

Sporna je i priroda ovog instituta. U pogledu odmjeravanja kazne ovaj institut se izjednačava sa povratom, kako navode neki autori.¹⁸ Drugi ističu da ovaj institut, gledano sa stanovišta načina odmjeravanja kazne predstavlja sticaj, a pojmovno ipak predstavlja povrat.¹⁹ U situaciji kada se kasnije saznalo da je osuđeno lice već ranije, prije nego što je

¹⁵ Dr Ljubiša Lazarević i drugi, op. cit., str. 159

¹⁶ Borivoj Nikšić, Odmjeravanje kazne osuđenom licu, Glasnik AKV, br. 1, 1976. g., str. 14.

¹⁷ Slavoljub Carić, Odmjeravanje kazne osuđenom licu, Zbornik „Utvrdjivanje činjeničnog stanja, izricanje i izvršenje krivičnih sankcija“, izd. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1988. g., str. 171.

¹⁸ N. Srzentić, G. Lazarević, Komentar Krivičnog zakona SRJ, Savremena administracija, Beograd, 1995. g., str. 245.

¹⁹ Slavoljub Carić, op. cit., str. 172.

donesena sudska odluka, učinilo krivično djelo radi se o sticaju, a u ostalim slučajevima o povratu.²⁰ U odredbi člana 50 koja reguliše odmjeraivanje kazne osuđenom licu se kaže “prije nego je započelo izdržavanje kazne po ranijoj osudi”, pa se postavlja pitanje da li se to odnosi samo na kaznu zatvora ili i na druge kazne? Po jednom mišljenju to se odnosi i na druge kazne čije izvršenje još nije ostvareno, tj. još nije ni započeto, kao što je, na primjer novčana kazna.²¹ Drugi navode da to ne važi za slučaj da je djelo učinjeno za vrijeme izdržavanja kazne zatvora i maloljetničkog zatvora, jer se onda radi samo o ovim kaznama.²²

Teško je prihvatiti stanovište da ovaj institut važi i za novčanu kaznu jer se u članu 50 st. 1 govori o “izdržavanju kazne”, a novčana kazna, po svojoj prirodi, se ne izdržava, nego plaća. Eventualno, kad je u pitanju kazna rada u javnom interesu mogao bi se primijeniti ovaj institut. Kao što smo prethodno vidjeli citirajući odredbu člana 50 st. 1 KZ do odmjeraivanja kazne osuđenom licu dolazi u sljedećim slučajevima:

Kada se osuđenom licu sudi za djelo učinjeno prije nego što je započelo izdržavanje kazne po ranijoj osudi. I u ovom slučaju postoje dvije moguće situacije. Prva situacija je da je krivično djelo bilo izvršeno i prije donošenja presude za drugo djelo, ali sud za to nije znao u vrijeme suđenja. Pri tome nije bitno vrijeme izvršenja tog novootkrivenog krivičnog djela (prije, poslije ili istovremeno sa krivičnim djelom za koje je već osuđeno). Druga situacija je ako osuđeno lice prije nego što je započelo izdržavanje kazne po ranijoj osudi, izvrši još neko krivično djelo. Ovdje se radi o vremenskom periodu od pravosnažnosti presude kojom je izrečena kazna, pa do započinjanja njenog izvršenja. U oba ova slučaja primjenjuje se isto pravilo. Dakle, kazna koja je već izrečena uzima se kao utvrđena, a učiniocu se sudi za to novo djelo i utvrđuje kazna, pa se onda primjenom odredbi za odmjeraivanje kazne za krivično djelo u sticaju izriče jedinstvena kazna. Ovdje se postavlja pitanje kako postupiti ako je otkriveno ili izvršeno više krivičnih djela? U ovom slučaju sud će u novom postupku

²⁰ Dr Zoran Stojanović, Komentar, str. 158.

²¹ N. Srzentić, Lj. Lazarević, op. cit. str. 245.

²² Slavoljub Carić, op. cit., str. 171.

za ta djela utvrditi pojedinačne kazne, a ranije izrečena kazna uzeće se kao već utvrđena, pa će onda, primjenom odredaba za odmjeravanje kazne za krivična djela u sticaju, izreći jedinstvenu kaznu. Drugi slučaj suđenja osuđenom licu jeste kada osuđeni u toku izdržavanja kazne zatvora ili maloljetničkog zatvora učini novo krivično djelo. Naglasak je na tome da se osuđeni nalazi na izdržavanju kazne, pa se ova odredba ne primjenjuje ako je nastupila zastarjelost izvršenja ili je djelo obuhvaćeno aktom amnestije i pomilovanja. I u ovoj situaciji bi se primijenile odredbe za odmjeravanje kazne za djelo u sticaju, a kazna koja se već izvršava uzima se kao utvrđena, a za novo krivično djelo bi se utvrdila kazna, a potom bi se izrekla jedinstvena kazna u koju bi se uračunao dio kazne koji je izdržan po ranijoj osudi. Kada bi se ovo pravilo striktno primijenilo mogli bismo doći u paradoksalnu situaciju u kojoj bi učinilac ostao nekažnjen. Da ne bi došlo do takve situacije zakonodavac je u članu 50 st. 2 propisao da će sud učiniocu, koji u toku izdržavanja kazne zatvora ili maloljetničkog zatvora učini krivično djelo, izreći kaznu nezavisno od ranije izrečene kazne, ako se primjenom odredaba o odmjeravanju kazne za krivična djela u sticaju, s obzirom na težinu krivičnog djela i neizdržani dio ranije izrečene kazne, ne bi mogla ostvariti svrha kažnjavanja. Do primjene ove odredbe, po pravilu, dolazi u slučaju kada osuđeni pri kraju izdržavanja kazne po ranijoj osudi izvrši novo krivično djelo. Inače, ovu odredbu treba restriktivno primjenjivati, kada je to, sa gledišta svrhe kažnjavanja zaista neophodno, budući da se primjenom ove odredbe trajanje kazne zatvora može produžiti i iznad opšteg maksimuma kazne zatvora.

Drugi izuzetak od primjene pravila o odmjeravanju kazne osuđenom licu predviđen je u članu 50 st. 3. Naime, osuđeni koji za vrijeme izdržavanja kazne zatvora ili maloljetničkog zatvora učini krivično djelo za koje zakon propisuje novčanu kaznu ili kaznu zatvora do jedne godine, kazniće se disciplinski. Sa aspekta cjelishodnosti ovo rješenje je opravdano, ali je sporno da li upravni organ može za krivično djelo izricati disciplinske mjere,²³ a ovdje krivično djelo postoji i ova odredba ne predstavlja osnov isključenja

²³ Dr Ljubiša Lazarević i drugi, op. cit., str. 160.

protivpravnosti.²⁴ Ima mišljenja da se ovdje radi o opravdanom rješenju, jer ako bi se u ovakvim situacijama primjenjivalo pravilo o odmjeravanju kazne za krivična djela u sticaju, jedva da bi novoutvrđena kazna mogla uticati na već izrečenu kaznu.²⁵ Uz to ovo rješenje je i u duhu novih modela alternativne krivičnopravne reakcije. Uostalom, i disciplinske kazne mogu teško pogoditi osuđeno lice jer se njegova situacija može otežati ograničavanjem određenih prava koja inače imaju osuđeni koji su na izdržavanju kazne.

Odmjeravanje jedinstvene kazne u slučaju opozivanja uslovne osude

Do primjene odredaba za odmjeravanje jedinstvene kazne za djela u sticaju dolazi u slučaju opozivanja uslovne osude i to u slučaju: a) izvršenja novog krivičnog djela u vrijeme provjeravanja i b) otkrivanja ranije izvršenog krivičnog djela. Do obaveznog opozivanja uslovne osude dolazi u slučaju ako osuđeni u vrijeme provjeravanja učini jedno ili više krivičnih djela za koja je izrečena kazna zatvora od dvije godine ili u dužem trajanju. Dakle, za opozivanje uslovne osude ovdje je relevantna izrečena kazna, a ne priroda i vrsta krivičnog djela niti propisana kazna.

Do fakultativnog opozivanja uslovne osude može doći ako osuđeni u vrijeme provjeravanja učini jedno ili više krivičnih djela za koja je izrečena kazna zatvora manja od dvije godine ili novčana kazna (čl. 55 st. 2). Sud će prilikom donošenja odluke cijeliti sve okolnosti koje se odnose na učinjeno djelo i učinioca, a posebno srodnost učinjenih krivičnih djela, njihov značaj i pobude iz kojih su učinjena. Ima mišljenja da bi logično bilo da se odluka o opozivanju uslovne osude donese ako se novo krivično djelo može shvatiti kao nastavak kriminalne aktivnosti uslovno osuđenog, a ako između novog i ranijeg krivičnog djela nema dodirnih tačaka, opozivanje uslovne osude ne bi bilo kriminalnopolitički opravdano.²⁶

²⁴ Dr Zoran Stojanović, *Krivično pravo*, Podgorica, 2008. g., str. 306.

²⁵ Dr M. Babić i dr I. Marković, *op. cit.*, str. 402.

²⁶ Dr Miloš Babić i dr Ivanka Marković, *op. cit.* str. 416.

Sud je vezan zabranom izricanja uslovne osude ako učiniocu za krivično djelo utvrđeno u uslovnoj osudi i za nova krivična djela treba izreći kaznu preko dvije godine zatvora. U pitanju je, kako se navodi u literaturi, poseban osnov za obavezno opozivanje uslovne osude, koji svoje kriminalnopolitičko opravdanje nalazi u ukupnoj kriminalnoj količini i ranije izvršenog i novog krivičnog djela, koje ne daje osnova za izricanje uslovne osude.²⁷ Ako opozove uslovnu osudu, sud će, primjenom odredaba za odmjeravanje kazne za krivična djela u sticaju, izreći jedinstvenu kaznu zatvora i za ranije učinjeno i za novo krivično djelo, uzimajući kaznu iz opozvane uslovne osude kao utvrđenu. Odredbe za odmjeravanje jedinstvene kazne za djelo u sticaju primjenjuju se i u slučaju ako ne dođe do opoziva uslovne osude nego se i za novo krivično djelo izriče uslovna osuda. Tada se određuje nova jedinstvena kazna i za ranije učinjeno i za novo krivično djelo, a određiće se i novo vrijeme provjeravanja koje ne može biti kraće od jedne, ni duže od pet godina, računajući od dana pravosnažnosti nove presude. Ukoliko osuđeni u toku novog vremena provjeravanja ponovo učini krivično djelo, sud će opozvati uslovnu osudu i primjenom odredaba o sticaju odmjeriti jedinstvenu kaznu.

Do opozivanja uslovne osude dolazi kada sud poslije njenog izricanja utvrdi da je uslovno osuđeni izvršio krivično djelo prije nego što je uslovno osuđen ako ocijeni da ne bi bilo osnova za izricanje uslovne osude da se za to djelo znalo (čl. 56). I u ovom slučaju sud će postupiti isto kao i u slučaju opozivanja uslovne osude zbog izvršenja krivičnog djela u vrijeme provjeravanja. To znači da će primjenom odredaba o odmjeravanju kazne za krivična djela u sticaju utvrditi kaznu za ranije izvršeno krivično djelo, a za djelo za koje je izrečena uslovna osuda uzeće utvrđenu kaznu iz opozvane uslovne osude i potom odmjeriti jedinstvenu kaznu. Ako se radi o krivičnom djelu za koje bi se mogla izreći uslovna osuda sud će prilikom odlučivanja da li će opozvati uslovnu osudu imati u vidu sve okolnosti koje se odnose na krivično djelo i učinioca krivičnog djela, kao i jedinstvenu kaznu koju bi utvrdio za presuđeno i ranije izvršeno krivično djelo. Ako se odluči da i za

²⁷ N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 1994. g., str. 351.

novootkriveno ranije učinjeno krivično djelo izrekne uslovnu osudu, onda će, primjenom odredaba o sticaju utvrditi novu kaznu i izreći jednu novu uslovnu osudu i novo vrijeme provjeravanja.

Summary

Meeting out of punishment constitutes one of the most significant matters of the criminal law. It is of extreme significance for each society since the judicial meeting out of punishment, essentially, constitutes enforcement of the criminal law function and criminal policy of the country. The legislator determines the criminal frameworks for every criminal offence and, having regard to the purpose of punishment and circumstances related to the criminal offence and perpetrator of a criminal offence, leaves the court to, meet out punishment. Such meeting out of punishment is called regular meeting out of punishment and is executed within the stipulated punishment for a certain criminal offence. However, a more complex situation is found in cases when someone is put on trial for multiple criminal offences and a single punishment has to be pronounced. That is why all legislations govern the issue of meeting out a single punishment in such cases. In modern criminal legislation, even in the legislation of Montenegro, there are cases of meeting out a single punishment when: a) meeting out punishment for coincidence of criminal offences, b) meeting out punishment to a convicted person and c) meeting out punishment at revocation of probation. In this paper, the author is speaking about such cases, indicating the difficulties the courts are facing with and suggesting how to solve some of the problems.

Key words: perpetrator, criminal offence, coincidence, court, single punishment.

Dr Ana GRGUREVIĆ¹

**SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE
- iskustvo SAD**

Što je to sporazum o priznanju krivice?

Kada se razmišlja o definiciji Sporazuma o priznanju krivice, neizbježno je fokusirati se na S.A.D. gdje je ovaj institut nastao početkom devetnaestog vijeka i koji je danas prisutan kao dominantan način rješavanja krivičnih predmeta u toj zemlji. Ne postoji univerzalno prihvaćena definicija Sporazuma o priznanju krivice. Različite forme i definicije procesa koji se naziva *nagodba o krivici* ili *pregovaranje o krivici* ili *sporazumi o priznanju krivice* postoje u raznim sredinama tj. saveznim državama, državama i na nivou međunarodnog prava; neke su više a neke manje komplikovane, neke su široke, a druge sasvim uske. Međutim, mnoge, ako ne i većina njih, uključuju neki oblik pregovora između tužioca i optuženog u odnosu na optužbe ili kaznu, ili čak na činjenice, kao način da se izbjegne dugi i skupi sudski postupak sa neizvjesnim završetkom, a uz uglavnom nadzornu i kontrolnu ulogu suda koji se stara da se proces primjenjuje na pravilan način. Mejnar (Maynard) se poziva na jedan broj američkih, kanadskih i engleskih autora: "Istraživači se slažu da se sporazum o priznanju krivice odnosi na transakcije u sudnici u kojima postoji razmjena između tužilaštva i odbrane u

¹ Gospođa Grgurević radi kao pravna savjetnica u Ambasadi S.A.D. u Crnoj Gori od 2009. godine. Prije toga, više godina je obavljala dužnost direktorice Centra za obuku nosilaca pravosudne funkcije Crne Gore. Ona je pravica sa diplomom magistra iz oblasti evropskih integracija i regionalizma koju je dobila na Univerzitetu u Gracu, u Austriji, te doktoratom iz oblasti krivičnog pravosuđa dobijenu na Univerzitetu Portsmouth (Portsmouth) u Ujedinjenom Kraljevstvu. Ovaj rad sadrži adaptirane i prevedene (sa engleskog jezika) dijelove doktorske disertacije autorke, koja se u cjelini može naći u elektronskoj biblioteci Univerziteta Portsmouth (Portsmouth), na sljedećoj web-stranici:

https://researchportal.port.ac.uk/portal/files/10669484/Thesis_Ana_Grgurevic_December_2017.pdf

krivičnim predmetima.”² Mnoge definicije naglašavaju kompromis kod sporazuma o priznanju krivice kod kojega obje strane moraju da se odreknu dijela svog inicijalno očekivanog cilja; za optuženog, taj cilj je da uopšte ne bude osuđen, dok je za tužioca cilj da se dođe do osuđujuće presude sa potpuno adekvatnom kaznom. Sporazum o priznanju krivice generalno podrazumijeva pregovaranje o optužbi i pregovaranje o kazni. U S.A.D. postoji još jedna vrsta sporazuma o priznanju krivice koja se naziva pregovaranje o činjenicama gdje tužilac i optuženi u suštini pregovaraju o činjenicama datog predmeta. Za razliku od pregovaranja o optužbi i kazni, kao raširenih i dominantnih praksi, pregovaranje o činjenicama to nije, ali zaista postoji. U toj vrsti pregovaranja tužilac i optuženi “se dogovaraju ...o činjenicama ili o primjeni faktora” koji u krajnjem utiču na izricanje kazne.³ Purdejevo (Purdey) navođenje izvještaja Savjetodavne grupe službenika za uslovni otpust u kojem se kaže da „sporazumi o priznanju krivice ne predstavljaju uvijek prave činjenice predmeta“ jasno upućuje na postojanje pregovaranja o činjenicama.⁴ Isto se može zaključiti iz izuzetog mišljenja sudije Vrhovnog suda S.A.D. Stivena (Stevens) u predmetu *S.A.D. protiv Bukera (Booker)* na koji se poziva King u svom radu: „...pregovaranje o činjenicama je ‘prilično uobičajeno u postojećem sistemu’.”⁵

Valja pomenuti dvije dodatne podvrste sporazuma o priznanju krivice, koje su takođe tipične za S.A.D. kako bi se ilustrovalo bogatstvo i složenost ove prakse u toj zemlji. To su takozvani *nolo contendere* i *Alford pleas*. Prvi se odnosi na situacije kada optuženi „odbijaju da priznaju krivicu ali prihvataju kaznu kao da su krivi”, dok se drugi odnosi na situacije kada optuženi „priznaju krivicu istovremeno

² Douglas W. Maynard, *Inside Plea Bargaining: The Language of Negotiation*, Nju Jork 1984., U.S.: Plenum Press, str. 4. (Upućuje na Alschuler, 1968:50; Baldwin i McConville, 1977:23; Bottoms i McClean, 1976:123; Feely, 1979c:185; Grosman, 1968: Poglavlje 7; Klein, 1976: Poglavlje 1; Miller et al., 1978: xxj).

³ King Nancy J., *Judicial Oversight of Negotiated Sentences in a World of Bargained Punishment*, elektronska verzija 2005., *Stanford Law Review*, Vol. 58, str. 295.

⁴ Purdey Donald A. Jr., *Plea Bargaining: What is the Problem and Who is Responsible?*, elektronska verzija 1996., *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 8(6), str. 331.

⁵ King Nancy J., op.cit., *Judicial Oversight of Negotiated Sentences in a World of Bargained Punishment*, str. 297.

zagovarajući svoju nevinost.“⁶ Složenost takvih praksi dalje objašnjava Bibas pišući o predmetu S.A.D. *Sjeverna Karolina protiv Alford*⁷ u kojem je Henri Alford (Henry Alford), koji je bio optužen za ubistvo prvog stepena uz čvrste dokaze, priznao ubistvo drugog stepena i djelo za koje nije zapriječena smrtna kazna, dok je u isto vrijeme zagovarao svoju nevinost. Vrhovni sud S.A.D. podržao je takvu praksu i u ovom predmetu je „...smatrao da optuženi mogu svjesno i dobrovoljno priznati krivicu čak i dok zagovaraju svoju nevinost ako sudija smatra da postoje ‘čvrsti dokazi za stvarnu krivicu [optuženog]“.⁸ Pomenute podvrste sporazuma o priznanju krivice koje se primjenjuju, kako na saveznom, tako i na nivou pojedinačnih država, jasno pokazuju očiglednu potrebu za izuzetnom procesnom efikasnošću i praktičnošću koja postoji u pravnom sistemu S.A.D. što su često preispitali istorijski, kao i savremeni američki autori.

Iako tipični za S.A.D, različiti oblici i varijacije sporazuma o priznanju krivice postoje u mnogim drugim zemljama, na raznim kontinentima i kod različitih pravnih sistema i tradicija.⁹

Konačno, iako postoji opšta saglasnost i razumijevanje suštine ovog instituta i njegove svrhe, on je uvijek imao svoje jake promotere i oponente. Ova kontinuirana rasprava i rivalitet nijesu prisutni samo u akademskoj sferi, već i na nivou prakse. Veoma je zanimljivo to što je ta rasprava veoma prisutna i u samim Sjedinjenim Državama, čiji se krivično-pravni sistem praktično oslanja na pregovore o krivici i funkcioniše zahvaljujući ovom načinu rješavanja većine krivičnih predmeta.

⁶ Bibas Stephanos, *Harmonizing Substantive Criminal Law Values and Criminal Procedure: The case of Alford and Nolo Contendere Pleas*, elektronska verzija 2003., *Cornell Law Review*, Vol. 88(6), str. 1363.

⁷ Presuda, 400 U.S. 25, 1970, Vrhovni sud S.A.D.

⁸ Bibas Stephanos, op.cit., *Harmonizing Substantive Criminal Law Values and Criminal Procedure: The case of Alford and Nolo Contendere Pleas*, str. 1372.

⁹ Više o tome se može naći u doktorskoj disertaciji autorke na adresi: https://researchportal.port.ac.uk/portal/files/10669484/Thesis_Ana_Grgurevic_December_2017.pdf

Aktuelni trenutak - sporazum o priznanju krivice u S.A.D.

Neki statistički podaci i ostale informacije kao ilustracija

Bez obzira na barijere i izazove sa kojima se sporazum o priznanju krivice zasigurno suočavao na svom istorijskom putu u S.A.D.¹⁰, isti je preživio. Danas je to definitivno dominantni način rješavanja krivičnih predmeta u toj zemlji. Većina predmeta se rješava sporazumima o krivici koji uključuju pregovaranje između tužioca i optuženog. U odnosu na istraživanje koje je sprovedeno po pitanju pregovaranja o krivici i optužbi u S.A.D, Devers (Devers) piše: „Dok nema tačnih procjena o proporciji predmeta koji se rješavaju putem sporazuma o priznanju krivice, naučnici procjenjuju da se oko 90 do 95 posto, kako saveznih sudskih predmeta, tako i onih na nivou pojedinačnih država rješava preko ovog procesa ...Ogromna većina ... predmeta rezultira sporazumom o priznanju krivice.“¹¹ Slično tome, Tejlor Šenon (Taylor Shannon) zaključuje: „Većina krivičnih predmeta pred saveznim sudovima se ne rješava suđenjem, već sporazumom o priznanju krivice.“¹²

Statistika američkih sudova jasno pokazuje takvu dominaciju prakse sporazuma o priznanju krivice u poređenju sa klasičnim suđenjem. Od 1990. do 2013. godine, oko 93% svih osuđujućih predmeta pred saveznim okružnim sudovima u S.A.D. završeni su priznanjem krivice. Na primjer, godišnja statistika okružnih sudova S.A.D. kaže da je 2017. godine od 69.589 osuđenih i kažnjenih lica, 67.959 priznalo krivicu, a

¹⁰ Više o tome se može naći u doktorskoj disertaciji autorke na adresi: https://researchportal.port.ac.uk/portal/files/10669484/Thesis_Ana_Grgurevic_December_2017.pdf

¹¹ Devers Lindsey, Plea and Charge Bargaining: Research Summary (DOJ Bureau of Justice Assistance research), elektronska verzija 2011., str. 1-3. Preuzeto 10. novembra 2018., sa web-stranice Ministarstva pravde-Biroa za pravosudnu pomoc: <https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>

¹² Taylor Shannon David, Making Your Deal with the Devil, elektronska verzija 2007., str. 1. Preuzeto 1. avgusta 2014., sa web-stranice Odjeljenja za obuku advokata odbrane (Defender Service Office Training Division): <http://www.fd.org/docs/select-topics/pleas/making-your-deal-with-the-devil-plea-agreements-under-the-federal-rules-federal-sentencing-guidelines-and-department-of-justice-policies.pdf?sfvrsn=4>

ostali su išli na suđenje.¹³ Statistika različitih država je slična. U jednoj od najmanjih i jednoj od najvećih država S.A.D, Delaver i Kalifornija, situacija je slična u tom smislu. Godišnji statistički izvještaj rada pravosuđa države Delaver za 2017. godinu kaže da je 76,7 % svih krivičnih predmeta pred Višim sudom završilo priznanjem krivice.¹⁴ Prema statističkom izvještaju sudova u Kaliforniji za 2017. godinu, u fiskalnoj godini 2015-2016., od 185.033 krivičnih predmeta, 141.484 je okončano priznanjem krivice prije suđenja.¹⁵

Vremenom, sporazum o priznanju krivice je prirodno postao ključni dio najrelevantnijeg američkog krivičnog zakonodavstva i drugih dokumenata koji regulišu ovu oblast. Jedan od takvih dokumenata su Savezna pravila krivičnog postupka¹⁶ i njihovo Pravilo 11, koja su po prvi put usvojena 1944. godine i od tada su mnogo puta bila mijenjana i dopunjavana. Sve promjene tokom tog dugog vremenskog perioda bile su u pravcu daljeg osnaživanja ove prakse kroz definisanje preciznijih i detaljnijih postupaka i uloga svih strana uključenih u sam proces, a svrha im je bila da odraze protok vremena i savremene trendove. Ova pravila predstavljaju glavni izvor prava o sporazumu o priznanju krivice u sistemu saveznog krivičnog pravosuđa Sjedinjenih Država, i dokaz su kontinuirano stabilne pozicije ovog pravnog instituta u sistemu. Nadalje, drugi takav dokument su Savezne smjernice za kažnjavanje¹⁷ koje su prvi put usvojene 1987. godine. Premda je Vrhovni sud u predmetu *Buker (Booker) protiv Sjedinjenih Država* odlučio da ove Smjernice imaju savjetodavni, a ne obavezni karakter¹⁸, one su ipak vrlo relevantne u sudskim odlukama o kaznama.

¹³ Sudovi S.A.D., statistika saveznih sudova. Elektronska verzija. Tabela D-4 preuzeta 15. novembra 2018., sa: <http://www.uscourts.gov/statistics-reports/statistical-tables-federal-judiciary-december-2017> i Tabela 5.5. preuzeta 15. novembra 2018., sa: <http://www.uscourts.gov/uscourts/Statistics/JudicialFactsAndFigures/2012/Table505.pdf>

¹⁴ Sudovi države Delaver. 2017 Annual Report and Statistical Information for the Delaware Judiciary – Superior Court (napomena autorke: Viši sud je sud opšte nadležnosti u Državi Delaver). Preuzeto 15. novembra 2018., sa: <https://courts.delaware.gov/aoc/AnnualReports/FY17/index.aspx>

¹⁵ Sudovi Kalifornije. 2017 Court Statistics Report, Statewide Caseload Trends, 2006-2007 Through 2015-2016. Preuzeto 15. novembra 2018., sa: <http://www.courts.ca.gov/documents/2017-Court-Statistics-Report.pdf>

¹⁶ <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/title-iv/>

¹⁷ <http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2015/GLMFull.pdf>

¹⁸ Presuda, 543 U.S. 220, 2005, Vrhovni sud.

Jedan dio Smjernica odnosi se na proces pregovaranja o krivici i na ulogu suda u tom procesu, sa fokusom na pitanja izricanja kazni. Danas, sporazum o priznanju krivice je takođe dio brojnih dokumenata koji se tiču politike Ministarstva pravde. Na primjer, „Ashcroft Memorandum ... navodi konkretne smjernice, kako za pregovaranje o optužbi, tako i o krivici.”¹⁹ Memorandum su dokumenti koje objavljuju američki glavni državni tužioci ili njihovi zamjenici. Sporazum o priznanju krivice je takođe važan dio Pravosudnog priručnika.²⁰ Pored toga, nije samo Vlada formalizovala značaj i upotrebu sporazuma o priznanju krivice kroz svoje zakonodavstvo, dokumente i politike, već su to uradili i drugi učesnici u ovom procesu. U konkretnom smislu, 1969. godine, Američka advokatska komora (ABA) je po prvi put izdala set takozvanih Standarda za krivično pravosuđe²¹ koji, između ostalih elemenata, uključuju razradu pitanja vezanih za sporazum o priznanju krivice. Konačno, vrijedno je spomenuti da je sporazum o priznanju krivice takođe čvrsto inkorporiran u Uniformnim pravilima za krivični postupak²² koja su inicijalno proglašena 1954. godine, a potom nekoliko puta mijenjana i dopunjavana. Ova pravila je usvojila Komisija za uniformno pravo, čija je osnovna uloga da donosi zakone i preduzima druge korake koji doprinose uniformnosti državnih zakona.

Bez obzira na činjenicu da li su za ili protiv sporazuma o priznanju krivice, mnogi savremeni autori ističu, prije svega, izuzetno veliki procenat krivičnih predmeta koji se rješavaju na takav način u S.A.D. To je jednostavno realnost.

Afirmacija i podrška sporazumu o priznanju krivice od strane Vrhovnog suda S.A.D.

U svojoj relativno dugoj istoriji, za očekivati je da je sporazum o priznanju krivice bio osporavan pred Vrhovnim sudom S.A.D, koji je i Ustavni sud i predstavlja najvišu sudsku

¹⁹ Taylor Shannon David, op.cit., Making Your Deal with the Devil Taylor Shannon, str. 9.

²⁰ <https://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual>

²¹ http://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards.html

²² http://www.uniformlaws.org/shared/docs/rules%20of%20criminal%20procedure/urcp_final_87.pdf

instancu u američkom pravosuđu. Međutim, on je preživio i takve vrste barijera, i u ovom trenutku je u potpunosti ustavna praksa koju čvrsto podupire Vrhovni sud. Ovaj sud je počeo da se bavi ustavnošću sporazuma o priznanju krivice prilično dugo nakon što je isti bio praktično uspostavljen i počeo se primjenjivati. Ima nekoliko odluka ovog suda iz nedavne prošlosti koje bi u tom kontekstu trebalo pomenuti, a koje predstavljaju prave prekretnice u primjeni ovog instituta. One sve doprinose, ne samo njegovom formalnom potvrđivanju, već i daljem osnaživanju njegove pozicije u sistemu američkog krivičnog pravosuđa i njegovom složenom razvoju.

Prvo pitanje koje je bilo postavljeno pred Vrhovnim sudom ticalo se dobrovoljnosti iskazanog priznanja krivice u čuvenom predmetu *Brejdi (Brady) protiv S.A.D.*²³. U tom predmetu, optuženi Brejdi (Brady), je tvrdio da je njegovo priznanje krivice dato iz straha i da je na to bio primoran samom činjenicom da bi tužilaštvo moglo zahtijevati smrtnu kaznu ukoliko bi se išlo na suđenje i ako ne bi priznao krivicu. Sud se u svojim presudama bavio trima važnim tačkama. Prije svega, on je koristio priliku da u potpunosti podrži praksu sporazuma o priznanju krivice kao onu koja je istorijski ishod rečenog predmeta. Definišući sporazum o priznanju krivice kao praksu koja je „inherentna u krivičnom pravu i njegovoj primjeni“, Sud je po prvi put otvoreno stao na stranu takve prakse i otvorio put njenom daljem razvoju. Nadalje, po pitanju provjeravanja načina na koji je došlo do priznanja krivice tj. da li je isto iskazano dobrovoljno, racionalno i svjesno, Sud je uveo standard za kontrolu cijelog niza okolnosti pod kojima je dato priznanje krivice kako bi donio konačnu odluku o kvalitetu priznanja. Istakao je da se „dobrovoljnost ... priznanja može utvrditi samo nakon razmatranja svih relevantnih okolnosti datog predmeta.“ I na kraju, Vrhovni sud je iskazao svoje povjerenje u sudsku procjenu kvaliteta iskazanog priznanja krivice kadgod je optuženi „kompetentan“ i kada ima „adekvatan savjet branioca“. U odbranu ovakvog stava, Sud je naglasio da je u predmetu „Brejdi“ optuženi dva puta izjavio pred relevantnim sudovima da je priznanje o krivici dao dobrovoljno; imajući na umu njegovu utvrđenu kompetentnost

²³ Presuda. 397 U.S. 742, 1970, Vrhovni sud S.A.D.

i adekvatnu odbranu, smatralo se da je to dovoljna garancija dobrog kvaliteta njegove volje.

Nakon što je ova presuda bila usvojena, pokrenut je niz drugih odluka kojima je Vrhovni sud dalje podržao praksu sporazuma o priznanju krivice i „svoju poziciju zabetonirao“ kada je riječ o sistemu američkog krivičnog pravosuđa. Alšuler (Alschuler)²⁴ se poziva na predmet *Brejdi protiv S.A.D.*, kao i na *Santobelo (Santobello) protiv Nju Jorka*²⁵, i piše da je „do 1970. godine“ Vrhovni sud „...u nizu svojih odluka koje su ukazivale da bi bilo koji drugi put bio nezamisliv ... podržao svojstvo sporazuma o priznanju krivice.“ Putem predmeta *Santobelo protiv Nju Jorka*, Vrhovni sud je ne samo reafirmisao sporazum o priznanju krivice kao pravni institut, već i ušao u dublju diskusiju o pitanju povlačenja sporazuma o priznanju krivice, i o posljedicama takve radnje. Da pojasnimo, u ovom predmetu, pitanje korišćenja pravnog lijeka se indirektno dovelo u pitanje u situacijama kada se do sporazuma o krivici došlo kroz pregovore, a onda u kasnijim fazama isti nije bio ispoštovan od strane tužilaštva, što se dogodilo optuženom Santobelu u tom predmetu. U svojoj presudi, Sud je prije svega ponovo naglasio važnost sporazuma o priznanju krivice. Jasno je rekao da „treba podsticati [sporazum o priznanju krivice] ukoliko se sprovodi na pravilan način.“ Ovaj put, Sud je dodatno istakao opšte razloge za jaku podršku ovom institutu, a kao glavni razlog je naveo pritisak usljed velikog broja predmeta. Kako je Sud rekao: „Ako bi svaka krivična optužba bila podložna potpunom sudskom postupku, države i Savezna vlada bi trebale umnogostručiti broj sudija i sudskih prostorija.“ Konačno, Sud je odgovorio na pitanje nepoštovanja postignutog sporazuma o priznanju krivice i objasnio da „...kada se priznanje u bilo kom značajom stepenu oslanja na obećanje ili saglasnost tužioca, tako da se može reći da je to dio pobude ili razmatranja, takvo obećanje se mora ispuniti.“ To su bile više nego jasne smjernice koje su dale dodatnu „injekciju“ u korist prakse sporazuma o priznanju krivice.

²⁴ Alschuler Albert, *Plea Bargaining and Its History*, elektronska verzija 1979., *Columbia Law Review*, Vol 79(1), str. 40.

²⁵ Presuda. 404 U.S. 257, 1971, Vrhovni sud S.A.D.

To je, međutim, bio tek početak. Sva kasnija praksa Vrhovnog suda očigledno je bila u korist sporazuma o priznanju krivice. Kako kaže Kasper (Casper), pozivajući se na predmete *Brejdi protiv S.A.D*, *Santobelo protiv Nju Jorka*, *Sjeverna Karolina protiv Alforda*, i *Bordenkiher (Bordenkircher) protiv Hejsa (Hayes)*²⁶, „Vrhovni sud je odbacio nekoliko ustavnih osporavanja ove prakse i prihvatio je kao odgovarajući i legitimni način rješavanja krivičnih predmeta...“²⁷

Ovaj sud se bavio, i još uvijek se bavi raznim aspektima sporazuma o priznanju krivice u svojim odlukama. Svaki novi predmet o sporazumu o priznanju krivice pred Vrhovnim sudom doprinosio je novoj afirmativnoj dimenziji i obogatio je ovu praksu. Neki predmeti su veoma ilustrativni u tom smislu. Na primjer, u pomenutom predmetu „*Bordenkiher*“, Sud je odlučio da nije nerazumno da tužilac traži veću kaznu kada optuženi odbije da prizna krivicu. Drugim riječima, stav Suda je da tužilac ima legitimni interes da ubijedi optuženog da prizna krivicu. Ostali predmeti, novijeg datuma i dobro znani su *Lafler protiv Kupera (Cooper)*²⁸ i *Misuri (Missouri) protiv Fraja (Frye)*²⁹. Kako piše Work, „Vrhovni sud je u predmetima *Fraj* i *Lafler* potvrdio da je ‘sporazum o priznanju krivice primarni način funkcionisanja sistema krivičnog pravosuđa’.“³⁰ On dalje objašnjava da je Sud u tim predmetima naglasio postojeće etičke odgovornosti tj. obaveze advokata odbrane da na pravi način obavijeste optužene o ponudama za nagodbu i njihovim prednostima, kako bi mogli donijeti informisanu i dobrovoljnu odluku o svom izjašnjenju o krivici.

Ovi predmeti su kratko predstavljani kako bismo ilustrovali kontinuirani i dinamični razvoj afirmativne prakse Vrhovnog suda S.A.D. kad je riječ o sporazumu o priznanju krivice. Kroz ove predmete prije dosta vremena je otvoren jasan i širok put za primjenu sporazuma o priznanju krivice, a, kako se može

²⁶ Presuda, 434 U.S. 357, 1978, Vrhovni sud S.A.D.

²⁷ Casper Jonathan D., *Reformers v. Abolitionists: Some Notes for Further Research on Plea Bargaining*, elektronska verzija 1979., *Law & Society Review*, Vol 13 (2), Special Issue on Plea Bargaining, str. 568.

²⁸ Presuda, 566 U.S. 156, 2012, Vrhovni sud S.A.D.

²⁹ Presuda, 566 U.S. 134, 2012, Vrhovni sud S.A.D.

³⁰ Work Mike, *Creating Constitutional Procedure: Frye, Lafler and Plea Bargaining Reform*, elektronska verzija 2014., *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol 104(2), str. 486.

vidjeti, taj put je još uvijek jako zaštićen od strane najviše sudske instance u ovoj zemlji.

1.1. *Tekuće i dugotrajne rasprave – Oponenti i podržavaoci sporazuma o priznanju krivice u S.A.D.*

Uprkos činjenici da su pregovori o krivici osvojili pravni sistem u S.A.D, uvijek postoji značajan broj ne samo onih koji promovišu i poštuju ovaj institut, već i nemali broj jakih oponentata i velikih kritičara. Gazal piše da „vrlo malo pitanja u sistemu američkog krivičnog pravosuđa generiše tako žestoku polemiku kao sporazum o priznanju krivice ...“³¹ Glavne tačke sporenja u ovoj oblasti se fokusiraju na pitanje ustavnosti ove prakse u kontekstu ustavom zagarantovanih prava, poput prava na suđenje i prava protiv samo-inkriminacije; pitanje nevinosti tj. mogućnost da nevini ljudi budu osuđeni; pitanje prisilne prirode sporazuma o priznanju krivice nametnute od strane vlade; pitanje prirode i kvaliteta pregovora tj. jednakosti oružja u ovom postupku i manipulisanje kaznama od strane tužioca; pitanje ugovorne prirode sporazuma o krivici i volje izražene od strane stranaka u tom kontekstu; pitanje balansa između efikasnosti krivičnog postupka i prava na suđenje; pitanje moći koja se ovim institutom daje tužiocu i pozicija sudije u ovom procesu, te druga slična pitanja. Većina argumenata protiv sporazuma o priznanju krivice mogu se svesti na brigu za prava optuženog i njegovu/njenu nevinost, te brigu o ukupnoj svrsi sistema krivičnog pravosuđa koji teži istini i postizanju pravde. Većina argumenata u korist sporazuma o priznanju krivice usmjerena su na povećanje efikasnosti i smanjenje troškova krivičnih postupaka; nemogućnost funkcionisanja sistema krivičnog pravosuđa bez pregovaranja o krivici; korist za optuženog u smislu izbjegavanja teže kazne, te koristi za tužioce i sudije u smislu smanjenja broja predmeta i uštede vremena.

Osjetljivo pitanje nevinosti je, prirodno, prvo koje izaziva jake reakcije kod oponentata sporazuma o priznanju krivice.

³¹ Gazal Oren, Partial Ban on Plea Bargains (Law & Economics Working Papers - Archive: 2003-2009), elektronska verzija 2005., str. 4. Preuzeto 11. novembra 2018. godine, sa web-stranice Pravnog fakulteta Univerziteta Mičigen (Michigan): https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1052&context=law_econ_archive

Kad je riječ o sporazumu o priznanju krivice, ovo pitanje se generalno može posmatrati iz dvije perspektive: iz perspektive nevinih osuđenih lica, ili onih koji su krivi ali kažnjeni minimalnom kaznom. Kako mnogi vjeruju, u oba navedena slučaja zahtjevi pravde nisu ispunjeni. U svojim raspravama, mnogi autori polaze od očigledne i postojeće prakse u S.A.D. gdje se nevinna lica izjašnjavaju krivim sa ciljem izbjegavanja teže kazne na koju bi potencijalno mogli biti osuđeni ako bi išli na suđenje. Prethodno pomenuti Alšuler (Alschuler) koji cijeli postupak naziva „inherentno nepravičnim i iracionalnim“³² posebno je bio fokusiran na pitanje nevinosti. On je vjerovao da je opasnost od osuđivanja nevinog lica bila mnogo veća sa sporazumom o priznanju krivice nego u slučaju redovnog suđenja³³. On, zanimljivo, opisuje lice koje se izjašnjava krivim kao „polu-krivim“ budući da to lice „...može pravilno dobiti polovinu kazne koju bi dobio da je zaista kriv.“³⁴ Drugi autor koji se bavio pitanjem nevinosti u okviru pregovaranja o krivici je Šulhofer (Schulhofer), veliki oponent prakse sporazuma o priznanju krivice. On direktno i otvoreno poziva na aboliciju ove prakse, opisuje je kao „katastrofu“ i tvrdi da „sporazumi o krivici ...lišavaju optužene benefita snažne odbrane i nameću nezaslužene kazne nevinim licima koja bi mogla dobiti oslobađajuću presudu na suđenju.“³⁵ Nedavno je Podgor također diskutovao o odnosu između sporazuma o priznanju krivice i nevinosti, i tvrdi da se danas šalje problematična „poruka ...da suđenja nose ogroman rizik, i da, čak i u slučaju nevinosti, najbolji put može biti da se ide u pravcu utvrđivanja krivice ili odloženog gonjenja.“³⁶ Nadalje, Dervan i Edkins ističu problem koji je skriven iza sporazuma o priznanju krivice i čak predlažu preispitivanje ustavnosti ove prakse u svjetlu velikog broja nevinih optuženih lica koja priznaju

³² Alschuler Albert, *The Changing Plea Bargaining Debate*, elektronska verzija 1981., *California Law Review* Vol 69(3), str. 652.

³³ *Ibid*, str. 716.

³⁴ *Ibid*, str. 706.

³⁵ Schulhofer Stephen J., *Plea Bargaining as Disaster*, elektronska verzija 1992., *The Yale Law Journal* Vol 101(8), str. 2009.

³⁶ Podgor Ellen S., *White Collar Innocence: Irrelevant in the High Stakes Risk Game*, elektronska verzija 2010., *Chicago-Kent Law Review*, Vol 85(1), str. 77-78.

krivicu.³⁷ U tom kontekstu, oni vjeruju da današnji sporazum o priznanju krivice nije ni nalik onome iz 1970-ih koje su bile početna tačka za Vrhovni sud u predmetu *Brejd*. Ovi argumenti su očigledno povezani sa pravnim sistemom S.A.D. Zanimljivo je, međutim, posmatrati ih iz perspektive sistema kontinentalnog prava. Ovi sistemi nemaju dominantnu praksu sporazuma o priznanju krivice; suprotno tome, suđenja ostaju ključni način rješavanja krivičnih predmeta. U tom kontekstu, argument da se veliki broj nevinih lica izjašnjava krivim po logici stvari je daleko od realnosti sistema kontinentalnog prava.

Logično naredno pitanje koje bi neko postavio, posebno oni koji dolaze iz sistema kontinentalnog prava kod kojih je utvrđivanje istine putem suda temeljno načelo krivičnog postupka, je slijedeće: Zbog čega bi (vjerovatno) nevini optuženi priznavali krivicu? Ovo pitanje je posebno legitimno kada znamo da ranije opisani *nolo contendere* i *Alford pleas* postoje u pravnom sistemu S.A.D. Opravdano je misliti da tako izgrađen sistem krivičnog pravosuđa „tjera“ optužene da to urade u cilju efikasnosti i izvjesnosti, barem u nekim slučajevima. Očigledno kada je neko suočen sa izuzetno visokom zapriječenom kaznom i ne malom vjerovatnoćom da će biti osuđen na suđenju na kojem porota odlučuje o krivici, tada možda priznanje krivice i dobijanje znatno niže kazne izgleda privlačnije. Kada diskutuje o opštoj svrsi krivičnog postupka i poziciji sporazuma o priznanju krivice u odnosu na to, Alšuler (Alschuler) se fokusira na efekte tj. uticaje sistema krivičnog pravosuđa na praksu sporazuma o priznanju krivice. On tvrdi da je sistem američkog krivičnog pravosuđa koncipiran na način da utiče na ponašanje putem izuzetno visokih kazni koje nameće.“ Kako opisuje, „svrha ovog sistema svakako nije da svakoga učini srećnim ...Zaista, većina nacija svijeta ...navodno smatra američki sporazum o priznanju krivice *reductio ad absurdum* komercijalnog mentaliteta naše nacije.“ On tvrdi da sporazum o priznanju krivice nije konzistentan sa „ciljevima krivičnog prava i sa posebnom tehnikom društvene kontrole koju on ostvaruje.“³⁸ On,

³⁷ Dervan Lucian E. & Edkins Vanessa A., *The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem*, elektronska verzija 2013., *Utah Law Review*, Vol 51(1), str. 48.

³⁸ Alschuler Albert, *op.cit.*, *The Changing Plea Bargaining Debate*, str. 705.

konačno, sugeriše da je važno osigurati da interesi optuženih i države ne budu „podređeni“ interesima sistema krivičnog pravosuđa.³⁹ Linč (Lynch) je jedan od autora koji takođe elaborira na temu ove prisile sporazuma o priznanju krivice i stavlja ga u kontekst ustavnosti; on tvrdi da je tačno da sporazum o priznanju krivice doprinosi brzini suđenja, ali na jedan neustavan način. On objašnjava da „je istina da su vladini zvaničnici namjerno orkestrirali ovakav sistem kako bi osigurali da se sistem suđenja sa porotom, koji je uspostavljen Ustavom, rijetko koristi.“ On vidi sporazum o priznanju krivice kao „primarnu tehniku koju koristi vlada da bi zaobišla mjere institucionalne zaštite na suđenjima“.⁴⁰

Pitanje prisilne prirode sistema krivičnog pravosuđa se može direktno povezati sa moćnom ulogom koja je očigledno data tužiocima (u S.A.D., kao predstavnicima vlade) u cijelom procesu, i koja je bila jasno odobrena kao takva od strane Vrhovnog suda u svojoj odluci u predmetu *Bordenkiher protiv Hejsa*. Tužiocima su oni koji suštinski vode proces pregovaranja o krivici i koji imaju znatan manevarski prostor kada je riječ o kaznama koje se predlažu u okviru pregovora. Neki autori upravo ovu ulogu tužilaca smatraju veoma problematičnom. Burk (Burke) generalno kritikuje znatnu moć koja je data tužiocima u procesu pregovaranja o krivici budući da su oni ti koji odlučuju da li da pregovaraju ili ne na osnovu mnogih motiva, počevši od onih povezanih sa smanjenjem broja predmeta i povećanjem stopa osuđujućih presuda, do onih povezanih sa njihovom strašću prema tužilačkom radu i vrsti predmeta kojima se bave.⁴¹ Neki autori čak vjeruju da postoji disparitet između dvije strane, optuženog i tužioca, u procesu pregovaranja o krivici. O'Kif (O'Keefe) analizira sporazum o priznanju krivice kao vrstu ugovora.⁴² Pozivajući se na Alšulera (Alschuler) on piše da su „najčešći 'ugovorni' argumenti protiv

³⁹ Ibis, str. 690.

⁴⁰ Lynch Timothy, The Case against Plea Bargaining, elektronska verzija 2003., str. 24. Preuzeto 13. novembra 2018., sa web-stranice Cato Instituta: <https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/10/v26n3-7.pdf>

⁴¹ Burke Alafair S., Prosecutorial Passion, Cognitive Bias, and Plea Bargaining, elektronska verzija 2007., Marquette Law Review, Vol 91, str. 183-211.

⁴² O'Keefe Kevin, Two Wrongs make a Wrong: A Challenge to Plea Bargaining and Collateral Consequence Statutes Through their Integration, elektronska verzija 2010., The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol 100(1), str. 243-276.

prakse pregovaranja o krivici prihvatanje pod prinudom, disparitet informacija, nejednaka moć pregovaranja, i zabrana ugovora o ropstvu.⁴³ Kad je riječ o pitanju nejednakog položaja dvije strane u ovom procesu i o ropskom karakteru ugovora, Alšuler (Alschuler) tvrdi da čak postoji ograničenje volje iskazane od strane optuženog tokom pregovora o sporazumu o priznanju krivice. Kada objašnjava to ograničenje pozivajući se na Mila (Mill) dodaje da „načelo slobode ne može zahtijevati da je neko slobodan da ne bude slobodan.“ Alšuler (Alschuler) vjeruje da „sloboda ne znači imati dopuštenje da otuđujete [nečiju] slobodu.“⁴⁴

Daleko od kritikovanja ove prakse, mnogi naučnici hvale sporazume o krivici kao efikasno i ustavno sredstvo za rješavanje predmeta. Oni su fokusirani na davanje odgovora na ključne tačke kritike kada je riječ o sporazumu o priznanju krivice: problematično pitanje nevinosti i pravičnosti takve prakse, prisilni karakter sistema krivičnog pravosuđa koji nosi teret krivice zbog šire primjene sporazuma o priznanju krivice, nejednakosti strana u postupku, te ropски karakter sporazuma o krivici. U skladu sa tim, oni prije svega elaboriraju o legitimnim razlozima za zamjenu suđenja sporazumom o krivici. Opravdano pitanje koje se može postaviti kada je u pitanju američki pravni sistem je: „Što ako optuženi ne želi da prihvati rizik dobijanja teške kazne na suđenju?“ Realno govoreći, neki optuženi vjerovatno radije biraju sporazum kako bi izbjegli takav rizik. Isterbruk (Easterbrook), koji čvrsto brani sporazum o priznanju krivice, kada govori o upotrebi sporazuma o krivici umjesto suđenja tvrdi da postoje legitimni razlozi da se optuženi odluči za ovo prvo. On naglašava da „optuženi mogu iskoristiti ili razmijeniti svoja prava, što god im više odgovara.“ On vjeruje da sporazumi o krivici u stvari pomažu optuženima, a da svako prisiljavanje da iskoriste svoja prava na suđenju „...znači primoravanje da preuzmu rizik“.⁴⁵ Iz perspektive, na primjer, crnogorskog pravnog sistema, kao sistema kontinentalnog prava, suprotno rečenom, uglavnom se ne smatra da suđenje predstavlja veliki rizik, već prilikom da se prikažu i razmotre svi dokazi u pravičnom okruženju i pred

⁴³ Ibis, str. 260.

⁴⁴ Alschuler Albert, op.cit., The Changing Plea Bargaining Debate, str. 697.

⁴⁵ Easterbrook Frank H., Plea Bargaining as Compromise, elektronska verzija 1992., The Yale Law Journal, Vol 101(8), str. 1975.

kompetentnim i nepristrasnim sudom koji će donijeti konačnu odluku. Imajući na umu generalno blagu kaznenu politiku zemlje, ovaj „faktor rizika“ je jedan od ključnih razlika između ova dva sistema. Na bazi samog koncepta pravnog sistema kontinentalnog prava, postojanje nižeg rizika u vezi sa suđenjem može se smatrati faktorom koji smanjuje primjenu sporazuma o priznanju krivice u ovom sistemu.

Jedan on najmanje spornih elemenata sporazuma o krivici je njihov ogromni doprinos efikasnosti i smanjenju troškova krivičnih postupaka. Mnogi savremeni krivično-pravni sistemi se suočavaju sa rastućim brojem krivičnih djela koja karakteriše visoki nivo složenosti, međunarodni element, veliki broj počinitelja, i veoma brzi i savremeni metodi njihovog izvršenja. Za rješavanje takvih krivičnih predmeta u bilo kom sistemu potrebno je vrijeme, aktiviranje cjelokupnog aparata krivičnog pravosuđa, i značajna budžetska sredstva. U tome sporazumi o priznanju krivice mogu biti od pomoći. Isterbruk (Easterbrook) raspravlja o komponentama vremena i efikasnosti sporazuma o priznanju krivice. On tvrdi da upotrebom sporazuma o krivici optuženi „brže završavaju cijeli postupak“, a „oni solventni štede troškove suđenja“. On, dalje, tvrdi da su sporazumi o krivici korisni, ne samo za optužene, već i za tužioce i „društvo u cjelini“. Kako piše: „Kupovinom procesnih prava nižim kaznama, tužioci kupuju najvrjedniju robu, vrijeme. Sa tim vremenom mogu goniti više kriminalaca.“⁴⁶

Zagovornici sporazuma o priznanju krivice takođe ističu pitanje prisile sistema krivičnog pravosuđa u odnosu na sporazum o priznanju krivice. Oni ne vide strukturu američkog sistema kao glavni podsticaj za širu primjenu sporazuma o priznanju krivice. Raspravljajući o ovoj temi, poznati podržavaoci sporazuma o priznanju krivice, Skot (Scott) i Stunc (Stuntz), objašnjavaju da je značajna razlika između kazni koje su rezultat suđenja i onih koje su rezultat sporazuma o krivici „ne podrazumijeva prisilu *a priori*“. Oni vjeruju da u situaciji kada okrivljeni ima nekoliko loših izbora, a takva situacija se u stvari smatra prisilom, ne znači da njihov konačni izbor nije dobrovoljan. Kako kažu: „Ukoliko nema manipulisanja izrečenim kaznama od strane tužilaca,

⁴⁶ Ibis, str. 1975.

prisilni elementi okruženja pregovaranja o krivici ne kvare dobrovoljnost sporazuma o krivici“.⁴⁷

Druga kritika prakse sporazuma o priznanju krivice o kojoj uveliko raspravljaju podržavaoci ove prakse je nejednakost strana u ovom postupku. Zagovarači sporazuma o priznanju krivice izrazito su protiv tvrdnje da postoji nejednakost između strana kod primjene ove prakse. Imajući na umu generalnu kritiku usmjerenu ka nepravičnosti postupka, kao i nejednakosti dvaju strana, Črč (Church) se stavlja u odbranu sporazuma o priznanju krivice naglašavajući četiri glavne karakteristike ove prakse. Kako tvrdi: „optuženi uvijek ima alternativu suđenja pred porotom kada se i presuda i kazna utvrđuju isključivo meritorno“; optuženog u ovom postupku zastupa kompetentna odbrana; obje strane u postupku „imaju jednaki pristup relevantnim dokazima“; i „obje posjeduju dovoljno resursa da predmet prebace na suđenje.“ Po njemu, ove stvari čine sporazum o priznanju krivice pravičnim postupkom i isključuju nejednakost strana.⁴⁸ Oспорavajući kritiku vezanu za nejednakost, Črču (Church) se pridružuju Skot (Scott) i Stunc (Stuntz). U svom radu oni se bave pitanjem dispariteta dvije strane u pogledu informacija. Oni vjeruju da ovaj argument jednostavno ne važi za sporazum o priznanju krivice. Kako objašnjavaju, sporazumi o krivici nisu standardni ugovori sa puno rokova i uslova koje je običnom „klijentu“ teško shvatiti; kod sporazuma o priznanju krivice optuženi ima obrazovanog advokata da mu pomaže te stoga nema nejednakosti između strana u tom smislu.⁴⁹

Kada je riječ o kritikama vezanim za ugovornu prirodu sporazuma o krivici i zabrani ropskog odnosa u tom kontekstu, za razliku od Alšulera (Alschuler) koji je bio čvrstog stanovišta u vezi nemogućnosti slobodnog odlučivanja o svojoj slobodi u okviru ugovora, Skot (Scott) i Stunc (Stuntz) vjeruju da „pravilno shvaćena, klasična ugovorna teorija podržava slobodu pregovaranja u vezi sa krivičnom kaznom.“ U

⁴⁷ Scott Robert E. & Stuntz William J., Plea Bargaining as Contract, elektronska verzija 1992., The Yale Law Journal, Vol 101(8), str. 1919-1921.

⁴⁸ Church Thomas W., In Defense of “Bargain Justice”, elektronska verzija 1979., Law & Society Review, Vol 13(2), Special Issue on Plea Bargaining, str. 509.

⁴⁹ Scott Robert E. & Stuntz William J., op.cit., Plea Bargaining as Contract, str. 1922.

njihovom radu, gdje nadugačko raspravljaju o ugovornoj prirodi sporazuma o krivici, oni se bave argumentom zabrane ropskog odnosa. Skot (Scott) i Stunc (Stuntz) dokazuju da nije sloboda optuženog ona koja se razmjenjuje sa nečim drugim, već se rizik od zarobljavanja tj. zatvora razmjenjuje za „izvjesnost 'manjeg zarobljavanja'.“ Oni naglašavaju da ukoliko se optuženom zabrani da pregovara, on/ona će imati rizik veoma teške kazne.⁵⁰

Mnogi autori su negdje u sredini kada je riječ o ovom pravnom institutu. Očigledno je da je ova praksa korisna, čak i neophodna, kada je riječ o efikasnosti i troškovima krivičnog postupka. U slučajevima složenih djela organizovanog kriminala i drugih oblika teških krivičnih djela, ova praksa može takođe biti vrijedna za dobijanje dodatnih informacija od onih koji potpisuju sporazume o krivici, što konsekvntno može dovesti do „viših društvenih ciljeva“ privođenja visoko rangiranih kriminalaca pravdi. Međutim, ostaju validne ključne kritike vezane za „prirodnu pravdu“ i nepravdičnost ove prakse. Mnogi autori se slažu sa gorenavedenim primjedbama kritičara sporazuma o priznanju krivice, ali ipak smatraju da je to vrijedna praksa koju treba zadržati i reformisati, posebno u pogledu samog postupka. Kada se prave poređenja između poravnanja u građanskim predmetima, s jedne strane, i postupka pregovaranja o krivici u krivičnim predmetima, sa druge, Bibas piše da su poravnanja u građanskim predmetima više kao „poslovna odluka“ kada se strane dogovaraju kako da podijele novac, dok „krivični pregovori uključuju veće uloge“, manje informacija i adekvatnog finansiranja, „raznovrsnije zastupanje, te više strukturnih i psiholoških deformacija“. On zaključuje da se ne može zanemariti „ogromna 'građa' sporazuma o priznanju krivice“, ali sugerije reformisanje „njegovih nedostataka i nejednakosti.“⁵¹ Nadalje, Sandefur piše da iako pregovaranje o krivici često uključuje nepravdičnu tužilačku taktiku, ona „nije neustavna, niti nužno krši prava optuženog“. On vjeruje da problemi leže u regulisanju suđenja i pregovora o krivici, a ne u samom pravu da se takav ugovor sklapa. On sugerije da su nedostaci sporazuma o priznanju

⁵⁰ Ibis, str. 1910-1929.

⁵¹ Bibas Stephanos, Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial, elektronska verzija 2004., Harvard Law Review, Vol 117(8), str. 2546-2547.

krivice „procesni, a ne ustavni, i potrebno je njegovo reformisanje, a ne ukidanje“.⁵² Zanimljiv prijedlog u vezi sa sporazumom o priznanju krivice dolazi od Gazala koji predlaže, ne potpunu, već djelimičnu zabranu sporazuma o priznanju krivice u predmetima kada „su ustupci koji su ponuđeni optuženom u zamjenu za priznanje krivice veliki.“ On vjeruje da bi to uzrokovalo da oni optuženi koji imaju „relativno velike šanse da na suđenju dobiju oslobađajuću presudu“ ne sklapaju sporazume o priznanju krivice.⁵³

Debata o ovom pitanju nije tipična samo za akademski nivo u S.A.D. Ona je duboko ukorijenjena u realnost krivično-pravnog sistema ove zemlje. Nekoliko konkretnih, najvećih praktičnih pokušaja ukidanja ove prakse u S.A.D. dokazuju da pravni praktičari u S.A.D, slično kao akademska zajednica i teoretičari, nisu uvijek u za ovakvu praksu.

Konkretno, 1975. godine, glavni tužilac Aljaske, Avrum Gross, zabranio je pregovaranje o krivici na Aljasci, uključujući pregovaranje o kazni i o optužbi, i uključujući sva krivična djela i prekršaje. Njegovi motivi za takav korak, kako pišu Rubinštajn (Rubinstein) i Vajt (White), citirajući Grosa (Gross) bili su slijedeći: „On je rekao da je svrha njegove politike da ‘sudijama vrati funkciju izricanja kazni,’ i da eliminiše raniju praksu prema kojoj su sudovi djelovali kao ‘gumeni štambilji’ za kazne koje su strane unaprijed pregovarale.“⁵⁴ Ova zabrana, prirodno, je proizvela određene efekte u smislu smanjenja prakse sporazuma o priznanju krivice. Godine 1988. Sudski savjet Aljaske je sproveo preispitivanje ove zabrane. U odnosu na nalaze ovog preispitivanja Vajt Karns (White Carns) i Kruz (Kruse) pišu da je Savjet zaključio da „je zabrana uzrokovala značajno smanjenje pregovaranja o kazni i o optužbama.“ Savjet je takođe zaključio da je zabrana ostala zvanična politika Kancelarije glavnog tužioca, a da je pregovaranje o optužbama postalo uobičajena praksa, dok je pregovaranje o

⁵² Sanderfur Timothy, In Defense of Plea Bargaining, elektronska verzija 2003., str. 28. Preuzeto 11. novembra 2018. godine, sa web-stranice Cato Instituta: <https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf>

⁵³ Gazal Oren, op.cit., Partial Ban on Plea Bargains (Law & Economics Working Papers - Archive: 2003-2009), str. 2.

⁵⁴ Rubinstein Michael L. & White Teresa J., Alaska’s Ban on Plea Bargaining, elektronska verzija 1979., Law & Society Review, Vol 13(2), Special Issue on Plea Bargaining, str. 368.

kazni „ostalo manje česta praksa“. Konačno, izvještaj Savjeta je takođe zaključio da se tokom proteklih petnaest godina procenat lica osuđenih na kazne zatvora povećao i da se povećala dužina zatvorskih kazni.⁵⁵ Iako su rezultati bili donekle negativni za praksu sporazuma o priznanju krivice, ta praksa je bila prisutna, a daleko od toga da je bila nepostojeća u narednim godinama. Konkretno, jasan dokaz za to je bio predmet iz Aljaske iz 2009. godine kada je okrivljeni ubica Džeri Aktive (Jerry Active) sklopio veoma (za njega) povoljan sporazum o priznanju krivice gdje su tužiocima propustili da utvrde da je on već ranije bio osuđen za krivično djelo. Ovaj predmet je doveo do ponovnog razmatranja zabrane sporazuma o priznanju krivice i do nove politike Ministarstva pravde Aljaske u ovoj oblasti 2013. godine. Nova politika u stvari zabranjuje sporazume o priznanju krivice koji uključuju kazne za najteža krivična djela, kao i za sve predmete koji uključuju seksualno nasilje, seksualno zlostavljanje maloljetnika i nasilje u porodici.

Valja takođe primijetiti da je 1973. godine, Nacionalna savjetodavna komisija za standarde i ciljeve u krivičnom pravosuđu, koja je bila sastavni dio tadašnje Uprave Ministarstva pravde za pomoć u sprovođenju zakona, čak pozvala na ukidanje sporazuma o priznanju krivice u svim državama do 1978. godine. To je bilo jasno navedeno u njihovom Izvještaju o sudovima. Dejvis (Davis) i Grifits (Griffiths) pominju ovaj izvještaj u svom radu i navode njegov najrelevantniji dio u ovom smislu: „Njegova osuda sporazuma o priznanju krivice je bila jednako nedvosmislena koliko i eksplicitna: [Komisija] osuđuje sporazum o priznanju krivice kao institut i preporučuje da u roku od 5 godina takva praksa prestane. Jedini ustupak koji je Komisija voljna da učini je da će za potpunu eliminaciju ove prakse biti potrebno značajno vrijeme.“⁵⁶ Iako su takvi pokušaji imali određenog uticaja, na opštem nivou oni nisu zaustavili ili značajno uticali na ovu praksu. Ovo ilustruje i jedno od relativno novijih istraživanja o sporazumu o priznanju krivice sprovedenog od strane Biroa za

⁵⁵ White Carns Teresa & Kruse John, A Re-evaluation of Alaska's Plea Bargaining Ban, elektronska verzija 1991., Alaska Law Review, Vol 8, str. 29-30.

⁵⁶ Davis Anthony E. & Griffiths Robin Clive, Bargain-Basement Justice: Judicial Responsibility for the Plea Bargaining System, elektronska verzija 1979-1980., New York Law School Law Review, Vol 25, str. 319.

pravnu pomoć Ministarstva pravde⁵⁷. Ono pokazuje nespornu potrebu za korišćenjem ovog instituta u sistemu krivičnog pravosuđa S.A.D. ali takođe i potrebu za reformama u ovoj oblasti.⁵⁸ Na samom kraju istraživanja zaključuje se da je postupak pregovaranja o krivici „ukorijenjen u način na koji se predmeti rješavaju.“ Sve buduće reforme i istraživanja treba da se pozabave „disparitetima unutar sistema i da pronađu praktično rješenje za sve uključene učesnike.“

Zaključak

Za razliku od pravnog sistema S.A.D, na bazi očiglednih postojećih iskustava može se zaključiti da je daleko od toga da je sporazum o priznanju krivice „ukorijenjen“ u sisteme kontinentalnog prava. Međutim, on jeste postao sastavni dio ovih sistema do neke mjere i u nekim oblicima, uključujući tipične zemlje ovog pravnog sistema poput Italije i Njemačke. Pored toga, ova praksa je takođe postala dio i međunarodnog prava. Čini se da su glavni razlog njenog širenja trenutne okolnosti u kojima funkcionišu aktuelni krivično-pravni sistemi. Naime, oni se suočavaju sa izazovima savremenog svijeta koje karakteriše razvoj novih tehnologija, brza komunikacija, te interkonekcija različitih i udaljenih krajeva svijeta; prosto rečeno, izazovi koji nastaju kako se planeta Zemlja pretvara u „globalno selo“. To uzrokuje da kriminal postaje složeniji i da raste, a konačno krivično-pravni sistemi bivaju opterećeni novim vrstama problema. U tom kontekstu, traži se da se sistemi bave krivičnim predmetima na efikasniji i brži način, da definišu prioritete i da traže alternative klasičnom suđenju, za koje je potrebno vrijeme, napor i

⁵⁷ Devers Lindsey, op.cit., Plea and Charge Bargaining: Research Summary (DOJ Bureau of Justice Assistance research), str. 1.

⁵⁸ Ibis, str. 1-3. Istraživanje se završava konstatacijom da „je sporazum o priznanju krivice inherentni dio sistema krivičnog pravosuđa. Zvanična zabrana sporazuma o priznanju krivice je stoga nepraktična.“ Međutim, predlažu se određene reformske aktivnosti u ovoj oblasti: „Ograničenje sporazuma o priznanju krivice na određene vrste optužbi, kao što su manje teška krivična djela; ograničavanje diskrecione moći tužioca kreiranjem politike i zakonodavstva koje zahtijeva čvršće smjernice prilikom odabira kazni za određena krivična djela; i „pozivajući se na Bibasa “uključivanje i sudija i advokata odbrane u proces pregovaranja o optužbama, kako bi postojao veći balans moći između svih zakonskih učesnika.“

resursi. Jedan od tih alternativnih načina definitivno je sporazum o priznanju krivice.

Sporazum o priznanju krivice je postao dio crnogorskog zakonodavstva i prakse u decembru 2009. godine usvajanjem novog Zakonika o krivičnom postupku. Te odredbe su izmijenjene i dopunjene 2015. godine sa glavnim ciljem obezbjeđenja uslova za proširenje ove prakse. U ovom radu, autorka ne ulazi u analizu konkretnih odredbi i praktične primjene sporazuma o priznanju krivice u Crnoj Gori. Međutim, rezultati sveobuhvatnih intervjua koji su sprovedeni sa jednim brojem crnogorskih sudija, tužilaca i advokata u okviru istraživanja za doktorsku disertaciju autorke na ovu temu dostupni su u otvorenoj elektronskoj biblioteci Univerziteta Portsmut (Portsmouth) u Ujedinjenom Kraljevstvu.⁵⁹

Na samom kraju, razmišljajući o primjeni sporazuma o priznanju krivice u zemljama kontinentalnog prava, uključujući Crnu Goru, nadamo se da valja razmotriti navedene argumente, kako one u korist, tako i one protiv ovog pravnog instituta, koji dolaze iz zemlje njegovog porijekla, Sjedinjenih Američkih Država.

Summary

Plea bargaining is a relatively new legal institution in the Montenegrin legal system. It was introduced by the Criminal Procedure Code of Montenegro adopted in 2009. This article represents a brief comparative overview of the development, implementation and complexity of plea bargaining practice in the country of its origin, the United States. The author's intention was to briefly present history of the affirmation of this practice before the Supreme Court of the United States, its complexity and richness in this country, as well as related existing academic and practitioners' discussions. The arguments used by the U.S. supporters and opponents of plea bargaining might be useful when reviewing Montenegrin experience with this legal institution and potential future developments in this area.

⁵⁹ https://researchportal.port.ac.uk/portal/files/10669484/Thesis_Ana_Grgurevic_December_2017.pdf

Mr Dženana NUHODŽIĆ¹

**RATIO LEGIS UVOĐENJA INSTITUTA SPORAZUMA O
PRIZNANJU KRIVICE U KRIVIČNO PROCESNO
ZAKONODAVSTVO I RAZLOZI PRO ET CONTRA**

Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva Crne Gore započeta je još pod okriljem Državne zajednice Srbija i Crna Gora, jer je Ustavna povelja predvidjela da kompletna zakonodavna nadležnost iz oblasti krivičnog prava pripadne državama članicama. Prateći odredbe Ustavne povelje i Zakona za sprovođenje Ustavne povelje Crna Gora je 2003. godine donijela Zakonik o krivičnom postupku. Reforma je nastavljena donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku 2006. godine.² Da se tu nije stalo sa reformom potvrđuje i činjenica da je 2009. godine donijet novi Zakonik o krivičnom postupku. Novi postupak je u odnosu na pređašnji unio značajan broj novina s ciljem osavremenjivanja i veće efikasnosti krivičnog postupka. Pored uvođenja novog koncepta tužilačke istrage novi Zakonik je predvidio još značajnih novina koje se tiču načela krivičnog postupka, krivičnoprocesnih subjekata, dokaznih radnji, procesnih formi i sl. Jedna od značajnih novina, koja doprinosi efikasnijem krivičnom postupku, je i institut sporazuma o priznanju krivice.

Sušтина sporazuma ogleda se u pregovaranju tužioca i okrivljenog i njegovog branioca o priznanju krivice kad se krivični postupak vodi za jedno ili više djela učinjenih u sticaju, te u prihvatanju ili neprihvatanju ovakvog sporazuma od strane suda. Nakon priznanja krivice, okrivljeni i tužilac saglašavaju se o visini kazne i krivičnim sankcijama, troškovima postupka i imovinskopravnom zahtjevu, te o odricanju stranaka i branioca od prava na žalbu ukoliko je presuda donesena na osnovu sporazuma. Sporazum o

¹ Autorka je saradnica u nastavi na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediteran“.

² Radulović Drago, „Osnovne karakteristike nove reforme krivičnoprocesnog zakonodavstva Crne Gore“, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2, 2007, str. 30.

priznanju krivice plod je američke sudske prakse. Tamo je nastao i tamo ima široku primjenu. Međutim, u zemljama kontinentalne Evrope sporazumi u postupcima pojavili su se mnogo kasnije, i na tom putu bilo je dosta prepreka koje je trebalo zaobići.

Uvođenje sporazuma o priznanju krivice u zakonodavstva evropskih zemalja izazvalo je mnogo oprečnih komentara. Međutim, nijesu ni svi pripadnici angloameričke pravne tradicije na liniji odbrane ovog instituta. Naime, i tamo je on na meti kritika, mada mora se priznati, u znatno blažoj formi. Nerelano bi bilo i reći, a i očekivati da je ovaj institut rješenje svih problema sa kojima se srijeće savremeni krivični postupak, pa se čini značajnim ukazati kako na njegove nedostatke, tako i na njegove prednosti. Uostalom, to je jedini način iznalaženja prave zakonske formulacije, koja bi odgovarala konkretnom društvu i konkretnim prilikama, i koja bi na taj način najbolje funkcionisala i u praksi. Kako navodi Stojanović, pitanje strateških mogućnosti krivičnog prava u borbi protiv savremenog kriminaliteta, te iznošenje argumenata *pro* i *contra*, zapravo vode raspravaljnu jednog od najstarijih pitanja, a to je pitanje dometa krivičnog prava i pravosuđa, njihove efikasnosti i efektivnosti, kao i pitanje kažnjavanja.³

Najglasniji zagovornici sporazuma o priznanju krivice, prije svega, ističu njegov uticaj na efikasnost krivičnog postupka. *Ratio legis* uvođenja jednog potpuno novog instituta u naše zakonodavstvo je, prije svega, stvaranje normativne osnove za što efikasniji krivični postupak, jer u zemljama u kojima je tradicionalno u primjeni, ovaj institut daje izvanredne rezultate.⁴ Nije tajna da se brojna pravosuđa danas suočavaju kako sa velikim brojem neriješenih predmeta, tako i sa konstantnim prilivom predmeta u ogromnom broju, što stvara sliku nefunkcionalnog i neefikasnog sistema. Spora suđenja postaju karakteristika čak i onih zemalja, odnosno

³ Stojanović Zoran, „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije“, u: S. Bejatović (prir.), Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije, Beograd, 2009, str. 12.

⁴ Radulović Drago, „Sporazum o priznanju krivice u svjetlu Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore“, Pravna riječ, 37/2013, str. 464.

sistema kojima je brzo postupanje bilo sastavni dio tradicije.⁵ U vezi sa ovim primjetno je da iako je zakonodavac prilično skeptičan kad je dekriminalizacija određenih djela u pitanju (što bi takođe uticalo na efikasnost postupka), moglo bi se reći da su očigledne njegove simpatije prema pojednostavljenim formama postupka, a naročito prema sporazumu o priznanju krivice.⁶

Ratifikacijom brojnih međunarodnih dokumenata naša zemlja je preuzela obavezu da upodobi svoje zakonodavstvo sa opšteprihvaćenim međunarodnim standardima (koji su propisani ratifikovanim dokumentima), a pravo na suđenje u razumnom roku jedno je od najznačajnijih.⁷ Zbog toga, savremena zakonodavstva pokušavaju da iznađu forme koje će ispuniti te zahtjeve. Krivično zakonodavstvo, a i krivičnoprocesno zakonodavstvo kao njegov nerazdvojni dio, značajan su faktor postizanja efikasnosti krivičnog postupka. Da bi zakonodavstvo bilo što uspješnije u cilju ostvarivanja efikasnosti, zakonski tekst mora odgovarati savremenim zahtjevima borbe protiv kriminala, ali njegove norme moraju imati i adekvatnu primjenu u praksi. Zakoni, dakle, moraju biti usklađeni sa stvarnošću i moraju biti primjenjivi, u skladu sa vremenom i prostorom na kojem se primjenjuju kako bi ostvarivali ciljeve kriminalne politike, jer poznato je da preventivna funkcija norme ne leži u njenoj strogoći, nego u neizbježnosti njene primjene kada su za to ostvareni zakonski uslovi.⁸

Brojne osobenosti prate savremenu nauku krivičnog prava, a i krivičnoprocesnog zakonodavstva. Jedna od tih osobenosti je i zahtjev za efikasnim krivičnim postupkom koji ne bi išao nauštrb zakonitosti rješenja krivične stvari, niti bi ugrožavao zagarantovana prava i slobode učesnicima u postupku.⁹ Samo efikasan postupak mogao bi da ostvari ciljeve

⁵ Brkić Snežana, „Pojednostavljene forme krivičnog postupanja i postupak njihovog ozakonjenja u Republici Srbiji“, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 1, 2009, str. 100.

⁶ Stojanović Zoran, op. cit., 2009, str.16.

⁷ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, član 6.

⁸ Bejatović Stanko, „Aktuelna pitanja tekuće reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije“, Pravni informator, 4, 2010, str. 3.

⁹ Bejatović Stanko, „Krivičnoprocesno zakonodavstvo kao instrument suprostavljanja kriminalitetu“, u: L. Kron (prir.), Kontrola kriminaliteta i evropski standardi: stanje u Srbiji, 2009a, str.59

kako generalne, tako i specijalne prevencije i zato je obaveza svakog društva da prije svega stvori preduslove, u prvom redu normativne, za što uspješniju i efkasniju borbu protiv kriminaliteta. Iz tog razloga, potrebno je pronaći takva rješenja koja bi pružila normativni okvir, tj. osnovu što efikasnijem krivičnom postupku.

Efikanas krivični postupak obuhvatao bi kako kvalitativnu, tako i kvantitativnu komponentu. Kvalitativna komponenta podrazumijeva zakonitost vođenja krivičnog postupka i donošenje zakonite i pravilne odluke, dok kvantitativna komponenta podrazumijeva vremenski razmak od pokretanja krivičnog postupka, pa do donošenja pravosnažne odluke. Dalje, efikanas postupak ne znači samo postupak kojim se garantuje da niko nevin ne bude osuđen, a da se krivcu izrekne sankcija pod uslovima propisanim zakonom i na osnovu zakonito sprovedenog postupka, već efikanas postupak podrazumijeva i da se to postigne u najkraćem mogućem roku.¹⁰ Tako bi se efikasnim krivičnim postupkom mogao smatrati samo onaj postupak koji uz puno poštovanje zakonitosti u realno kratkom vremenu rezultira donošenjem zakonite i pravilne pravosnažne presude.¹¹ I u međunarodnim dokumentima najvećeg ranga koja se bave osnovnim pravima i slobodama građana, sa punim opravdanjem, pravo na suđenje u razumnom roku svrstano je u kategoriju osnovnih prava.¹²

Borba protiv savremenog kriminaliteta još odavno je učinila nespornom činjenicu da redovni krivični postupak, sa svim svojim fazama, tj. sa složenom strukturom koja podrazumijeva istragu, optuženje, pripremanje glavnog pretresa i glavni pretres, nije opravdan u svim slučajevima. Nekad takav postupak zapravo predstavlja samo nepotrebno i apsolutno kriminalno politički neopravdano trošenje novca, vremena i truda, a neefikanas postupak ima za posljedicu to da čak ohrabruje potencijalne učinioce krivičnih djela, te

¹⁰ Radulović Drago, Efikanasnost krivičnog postupka i njen uticaj na suzbijanje kriminaliteta, Realne mogućnosti krivičnog zakonodavstva u suzbijanju kriminaliteta, 1997, str.187.

¹¹ Bejatović Stanko, „Efikanasnost postupanja u krivičnim stvarima kao prioritetan zadatak reforme krivičnoprocesnog zakonodavstva“, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 3, 2009b, str. 24.

¹² Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, čl. 6., Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, čl. 14.

sabotira ostvarivanje navedenih ciljeva postupka, generalne i specijalne prevencije. Saznanje da će protekom vremena izbjeći sankciju, brojne izvršioce navede na započinjanje kriminalne karijere. Upravo mogućnost da izvršilac izbjegne ruku pravde zbog sporog i neefikasnog postupka, potpuno opravdano proizvodi veliko nezadovoljstvo javnosti.¹³ Iz tih razloga opravdano je, a reklo bi se i nužno, uvođenje nekih drugih formi postupka, koje za cilj imaju brz i kratak postupak, ali pojednostavljen toliko da ne dira u osnovna prava i slobode zarad efikasnosti.¹⁴

Sasvim je sigurno da uprošćene forme krivičnog postupka (uključujući i postupak na osnovu sporazuma o priznanju krivice) danas predstavljaju najznačajnije sredstvo za postizanje efikasnosti krivičnog postupka. Praktičnom primjenom ovi postupci bi doprinijeli efikasnosti putem rasterećenja sudova i ostavljanjem više vremena koje bi moglo da se utroši na teže, komplikovanije i značajnije krivične predmete, kod kojih bi bilo nedopustivo odstupanje od opšte procesne forme. Dakle, uvođenjem instituta sporazuma o priznanju krivice u naše zakonodavstvo stvorena je normativna osnova za ubrzanje i pojednostavljenje krivičnog postupka, a samim tim ostvareni su, ali ne i iscrpljeni, preduslovi za efikasniji krivični postupak.

S aspekta pravosuđa, najvažniji razlog uvođenja ovog instituta trebalo bi tražiti u preopterećenosti sudova, odnosno razlog procesne ekonomije. Smanjena ulaganja u onim slučajevima koji to dozvoljavaju, tj. kod kojih je to opravdano, značajno je u postizanju rasterećenja sudova. Zahtjev za ekonomičnošću jedan je od primarnih zahtjeva u vrijeme kad je očigledna nesrazmjera između potreba i resursa. U oblasti prava ovo pitanje se postavlja prije svega u sferi njegove primjene. Ovaj zahtjev ispunjen je kad se maksimalni rezultati dobiju sa minimalnim utroškom resursa. Međutim, to ne znači da bi rasterećenje i pojeftinjenje postupka trebalo da ide

¹³ Vidi: Bejatović Stanko, „Trajanje krivičnog postupka kao kvantitativna komponenta njegove efikasnosti i njegov uticaj na prevenciju kriminaliteta“, u: D. Radovanović (prir.), Delikti nasilja, krivično-pravni i kriminološki aspekt, 2002, str. 207-220.

¹⁴ Bejatović Stanko, „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i njihov doprinos efikasnosti krivičnog postupka“, u: S. Bejatović (prir.), Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije, Beograd, 2009c, str. 60.

nauštrb ostvarivanja ciljeva procesa. Samo ako minimalni resursi dovedu do donošenja zakonite i pravilne sudske odluke mogli bismo reći da je udovoljeno načelu procesne ekonomije, jer najneekonomičniji postupci su oni u kojima se odluka ukida u fazi pravnog lijeka.¹⁵

Ekonomičnost je jedan od osnovnih argumenata za uvođenje instituta sporazuma o priznanju krivice u krivičnoprocesna zakonodavstva. Ekonomičnost podrazumijeva kako ekonomisanje vremenom, tako i ekonomisanje materijalnim sredstvima. Ekonomisanje vremenom je naročito važno jer trošenjem istog izazivaju se veliki finansijski rashodi, a uproščavanje ili pojednostavljenje postupka je jedan od načina ekonomizacije. Upravo Sporazumom se izbjegavaju dugotrajna i skupa dokazivanja, te ubrzava i pojeftinjuje postupak. Kako pristalice ovog instituta navode „brza pravda je dobra pravda“. Takođe, na ovaj način smanjuje se broj postupaka po žalbi, tj. broj ukinutih presuda u fazi pravnog lijeka, što je takođe od velikog značaja za sudove. Dakle, Sporazumom se štedi i vrijeme i energija sudija, smanjuje se obim postupka, te rješavanje po pravnim lijekovima. Pored efikasnosti i ekonomičnosti, ovim institutom trebalo bi upotpuniti borbu protiv najtežih oblika kriminaliteta kojem su izložene sve zemlje, a naročito one u tranziciji.

Pored pravosudnih organa, i okrivljeni i njegov branilac imaju koristi od uspješne nagodbe. Prednost na strani okrivljenog je prije svega kraće trajanje postupka i manja kazna, jer dugotrajni procesi (a kod nas su oni zaista dugo trajali) predstavljaju ogroman psihički pritisak, (iako ne treba izgubiti iz vida činjenicu da je odugovlačenje postupka najčešće zasluga okrivljenog). Na ovaj način vrši se i individualizacija kazne, a okrivljeni katkad ima mogućnost prećutkivanja nekih činjenica čije otkrivanje bi bilo nepovoljno za njega. To što okrivljeni koji zaključi sporazum o priznanju krivice može biti osuđen na kaznu u znatno kraćem trajanju, nego okrivljeni za isto djelo u redovnom postupku, treba shvatiti kao beneficiju za zaključenje sporazuma, a ne kao

¹⁵ Cigler Snežana, „Teze o ekonomičnosti krivičnog postupka“, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 1-2, 1999, str. 5.

sankciju za njegovo nezaključenje.¹⁶ Samim priznanjem očituje se učiniočeva svijest o odgovornosti i spremnost da se mijenja, a kako on i sam utiče na izricanje kazne, to je za očekivati da će on osjećati moralnu obavezu da ispuni svoj dio nagodbe. To dalje znači da će ovako izrečena kazna svakako biti djelotvornija i ostvarivati u većoj mjeri specijalno preventivno dejstvo, jer se učinilac javlja kao aktivni subjekt u postupku koji doprinosi sopstvenoj resocijalizaciji.¹⁷ Pored toga, i ekonomski aspekti mogu igrati važnu ulogu kod okrivljenog prilikom zaključivanja sporazuma, jer dugi procesi dosta i koštaju.

Pored navedenog, još jedna očigledna prednost stoji na strani okrivljenog u postupku koji zaključi sporazum o priznanju krivice. Naime, ukoliko do zaključenja sporazuma dođe u pritvorskim predmetima, odnosno ukoliko sporazum bude postignut dok se okrivljeni nalazi u pritvoru, može doći do ukidanja pritvora što je jasan i nesumnjiv interes na strani okrivljenog, a sa druge strane ispunjava se i zahtjev države za što hitnijim postupanjem po predmetima kada je okrivljenom određen pritvor.¹⁸

Izbjegavanje medijskog praćenja procesa još jedna je pogodnost na strani okrivljenog. Istaknute javne ličnosti, ali i „obični“ ljudi prihvatit će sporazum kako bi se izbjegla medijska ekspanzija koja može da im uništi karijere i reputaciju, a koja im je od suštinskog značaja kako za obavljanje poslova kojima se bave, tako i za vođenje normalnog života. Jasno je da i zaključenje sporazuma može podići medijsku prašinu, pogotovu kad se radi o javnim ličnostima. Ipak, sa druge strane, ta medijska ekspanzija će u svakom slučaju kraće trajati nego što bi to bio slučaj sa redovnim postupkom i višekratnim izvještavanjem nakon svakog pretresa. Imajući u

¹⁶ Nikolić Danilo, „Sporazum o priznanju krivice u međunarodnom krivičnom pravu“, u: S Nogo (prir.), Međunarodno krivično pravo i ljudske slobode, Beograd, 2008, str. 355.

¹⁷ Brkić Snežana, „Priznanje okrivljenog kao tačka približavanja srpskog krivičnog procesnog prava anglosaksonskom pravu“, Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, 2013, str. 314.

¹⁸ Mrčela Marin, „Presuda na zahtjev stranaka u istrazi“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2, 2002, str. 369.

vidu da postupak po sporazumu kraće traje, to je i zainteresovanost javnosti manja i kraćeg daha.¹⁹

Uvođenje ovog instituta pravda se i sa stanovišta oštećenog u krivičnom postupku. Naime, sporazumom se štite interesi oštećenog, na način što se otklanjaju štetne posljedice i znatno umanjuje stres koji bi izazvalo javno suđenje.²⁰ Izbjegava se sekundarna viktimizacija koja je naročito izražena kod krivičnih djela seksualnog nasilja i nasilja u porodici. Pored pogodnosti za oštećenog, jedna od pozitivnih strana ogleda se i u tome što se u slučaju sporazuma o priznanju krivice gasi potreba za svjedočenjem traumatizovanih svjedoka koje može da ometa njihov privatni i profesionalni život.

Opravdanost uvođenja ovog instituta, i uopšte egzistiranja više vrsta krivičnog postupka treba naći i u heterogenoj strukturi kriminala, odnosno u heterogenoj strukturi krivičnih djela i njihovih učinilaca, jer postupak koji odgovara jednoj vrsti krivičnih djela i učinilaca, ne mora da bude odgovarajući i racionalan i za drugu vrstu.²¹

Ipak, ozakonjenje ovog instituta dovelo je i do sukobljavanja mišljenja njegovih pristalica i onih koji negiraju njegovu vrijednost. Da bi se najbolje shvatila suština ovog instituta potrebno je imati uvid kako u prednosti ove forme, tako i u njene nedostatke. Pored argumenata *pro* koji su naprijed izneseni, važno je navesti i one *contra*, odnosno argumente koji stoje protiv ovog instituta i na koje ukazuju pojedini teoretičari (i praktičari).

Bez obzira na to što kritičari ovog instituta ne negiraju da sporazum o priznanju krivice značajno olakšava posao tužilaca, branilaca, ali i sudija, postavlja se pitanje: da li je pravično dozvoliti državi da navodi građane da se odriču svojih prava kada je po ustavu dužna da ih štiti, među kojima je i pravo na suđenje?²² Da li država potvrđivanjem ovog sporazuma zapravo propušta da obezbijedi jedno od osnovnih

¹⁹ Ibid.

²⁰ Đurđić Vojislav, „Stranački sporazum o priznanju krivice u krivičnom postupku“, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 3, 2009, str. 86.

²¹ Bejatović Stanko, „Sporazum o priznanju krivice (novi ZKP Republike Srbije i regionalna komparativna analiza)“, u: A. Petrović i I. Jovanović (prir.), Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva, Beograd, 2012, str. 104.

²² Vidi: Lynch Timothy, „The case against plea bargaining“, Regulation, 26:3, 2003, pp. 24-27.

prava građana, a to je pravo na suđenje, koje im je zagarantovano najvišim pravnim aktima. Ipak, pravo na suđenje ne predstavlja apsolutno pravo kojeg okrivljeni ne bi mogao da se odrekne. Iako postoje prava koja su neotuđiva, većina ustanovljenih prava dobija smisao jedino ako je moguće raspolagati njima.²³ Okrivljenom se, dakle, nikako ne smije zabraniti da odluči o tome hoće li se ovim pravom koristiti ili ne.

Kako navode protivnici ovog sporazuma, kao jedna od mogućnosti koja se otvara ovim institutom, jeste mogućnost da nevini ljudi priznaju krivična djela i budu osuđeni, i to iz najrazličitijih razloga. Mogućnost da se nagodba realizuje sa nevinim licima, koja su zbog svog neznanja ili straha od montiranja dokaza, možda i spremnija na nagodbu od stvarnih izvršilaca, mogla bi ozbiljno da diskredituje ovu ustanovu.²⁴ Naime, ljudi olako tvrde da nikada ne bi priznali krivično djelo za koje nijesu krivi, ali ako se zaista nadju u situaciji da im prijeti par godina (ukoliko zaključe sporazum) umjesto decenija u zatvoru, onda odluka i nije više tako jednostavna.²⁵ I ova konstatacija je bez sumnje tačna. Ali treba reći da su jako rijetki slučajevi u kojima nevinna lica budu osuđena na tako dugotrajne kazne. Pored toga, a što je još značajnije, ako se nevini okrivljeni toliko plaši redovnog postupka, pa pristaje na sporazum o priznanju krivice za djelo koje nije učinio, prije nego da ide na suđenje, onda je to kritika koja se prije može uputiti redovnom postupku, a ne sporazumu.²⁶

Kritičari ovog instituta najglasniji su kada govore o suprotnosti ovog instituta sa nekim zagarantovanim ljudskim pravima. Najčešće se navodi neslaganje sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima kojom se garantuje pravo na pravično suđenje, a prije svega narušavanje pretpostavke nevinosti i prava na jednakost stranaka u korišćenju procesnih prava.²⁷

²³ Sandefur Timothy, „In Defense of Plea Bargaining“, Regulation, 26:3, 2003, p. 28.

²⁴ Govedarica Mladenka, „Donošenje presude bez suđenja u krivičnom postupku Republike Srpske“, Pravna riječ, 15, 2008, str. 192.

²⁵ Lynch Timothy, „An Eerie Efficiency“, Cato Supreme Court Review, 1, 2002, pp. 171-186.

²⁶ Sandefur Timothy, op. cit., 2003, p. 31.

²⁷ Milovanović Miloš, „Sporazum o priznanju krivice- pro et contra“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2, 2010, str. 420.

Pretpostavka nevinosti okrivljenog predstavlja obilježje svih savremenih krivičnih zakonodavstava, i jedan je od uslova obezbjeđivanja ravnopravnosti okrivljenog sa suprotnom strankom. Pretpostavka nevinosti obuhvata tri pravna standarda koja je izgradio Evropski sud i koje uzima kao odlučujuće prilikom odlučivanja da li povrijeđena Evropska konvencija o pretpostavci nevinosti, a to su: a) postupanje bez predrasuda i predubjeđenja o krivici okrivljenog; b) teret dokazivanja ne smije biti na okrivljenom; v) sumnja u relevantne činjenice mora biti u korist okrivljenog.

Naime, ima shvatanja da iniciranje sporazuma o priznanju krivice od strane tužioca, već samo po sebi predstavlja kršenje pretpostavke nevinosti. Međutim, ako uzmemo u obzir da tužιοčev „posao“ i jeste da sumnja i potvrđuje svoje sumnje, onda se ne bi moglo reći da njegov prijedlog predstavlja kršenje pretpostavke nevinosti, jer na bazi raspoloživih dokaza tužilac samo „osnovano sumnja“ da je okrivljeni kriv. Ipak, sumnja je sumnja, a krivica je nešto drugo. Ako Evropski sud za ljudska prava ne smatra da je kršenje pretpostavke nevinosti kada nadležni organi imenuju osumnjičenog i kada obavijeste javnost o njegovom hapšenju, onda teško da se može reći da prijedlog sporazuma narušava pretpostavku nevinosti.²⁸ Uostalom, pretpostavka nevinosti je glavni adut osumnjičenog/okrivljenog za dobijanje što povoljnijih uslova prilikom zaključenja sporazuma o priznanju krivice. On sve beneficije i dobija upravo zato što je priznao krivicu.²⁹

Sporazum o priznanju krivice kritikuje se i sa aspekta kršenja prava na jednakost stranaka u korišćenju procesnih prava. Jednakost stranaka je jedan od osnovnih principa koji mora biti ispunjen prilikom pregovaranja za zaključenje sporazuma o priznanju krivice. Ispunjenje ovog principa jako je važno iz razloga što krivični postupak suštinski i nije postupak između dvije potpuno ravnopravne stranke. Sa jedne strane se nalazi državni tužilac, koji posjeduje određenu dozu državne vlasti i logistiku iza koje je cijeli državni aparat, a koji pored državne vlasti raspolaže i dokazima na osnovu kojih može pokrenuti krivični postupak i od osumnjičenog za tren

²⁸ Čejović Bora, Pretpostavka nevinosti okrivljenog, Beograd, 2009, str. 249.

²⁹ Nikolić Danilo, Stranački sporazum o krivici, Beograd, 2009, str. 30.

napraviti okrivljenog, a vrlo vjerovatno i osuđenog, nakon sprovedenog postupka. Nasuprot njemu, stoji osumnjičeni/okrivljeni koji je spreman da u potpunosti prizna krivicu za krivično djelo ili djela u zamjenu za blažu osudu. Zbog ovih razloga, nužno je ostvariti princip jednakosti.

Kada se govori o povredi prava na jednakost u korišćenju procesnih prava, u vezi sa sporazumom, najčešće se ističe mogućnost da za isto djelo jedan okrivljeni koji zaključi sporazum bude osuđen na znatno blažu kaznu od okrivljenog u redovnom postupku. To bi moglo da dovede u pitanje i kriminalnu politiku. Naime, za isto djelo okrivljeni koji zaključi sporazum o priznanju krivice može biti osuđen na 2 godine, a drugi okrivljeni, koji se ne nagodi sa tužiocem, za isto djelo u redovnom postupku može biti osuđen na kaznu zatvora od 10 godina. Ovakvo postupanje odražava se i na načelo pravičnosti, koje se ovakvim odmjeravanjem kazni ozbiljno može dovesti u pitanje. Nije bez značaja postaviti pitanje pravičnosti kad se za isto djelo koje je učinjeno pod sličnim okolnostima odrede dvije poprilično različite sankcije. Međutim, važno je imati na umu da okrivljeni u redovnom postupku biva kažnjen zbog kršenja zakona, a ne zbog toga što se nije sporazumio sa tužiocem, pa njegova kazna nije sankcija za nezaključenje sporazuma, dok je s druge strane, blaža osuda neka vrsta beneficije za saključenje sporazuma.

Narušavanje principa jednakosti stranaka postojalo bi u situaciji kada tužilac prilikom pregovaranja za zaključenje sporazuma ne obavijesti, tj. ne upozna odbranu sa svim dokazima, s ciljem da zaključi što povoljniji sporazum. Treba naglasiti da Evropski sud za ljudska prava, ipak insistira na tome da okrivljeni bude upoznat sa kompletnim dokaznim materijalom koji tužilaštvo posjeduje.³⁰

³⁰ Pisarić Zdravka, „Mogućnosti primene sporazuma o krivici kod krivičnih dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja“, Pravna riječ, 15, 2008, str. 200. U slučaju Jasper v. the United Kingdom u presudi se navodi da je „obaveza tužilaštva i istražnih organa da iznesu okrivljenom kompletan materijal kojim raspolažu ili im može biti na raspolaganju, a koji bi mogao pomoći okrivljenom da se oslobodi krivice ili postigne smanjenje kazne“-Jasper v. the United Kingdom, no. 27052/95,16/02/2000. Iako je ovdje riječ o presudi, tj. o slučaju koji se ne tiče sporazma o priznanju krivice, ovo ipak govori kakav kvalitet jednakosti stranaka mora biti postignut prilikom pregovaranja za zaključenje sporazuma, da bi se moglo reći da je ovaj princip ostvaren.

U onim zakonodavstvima gdje je zaključenje sporazuma ograničeno na određena krivična djela, u zavisnosti od zapriječene kaze, može se postaviti pitanje da li to predstavlja narušavanje principa jednakosti građana? Propisivanjem ovog uslova određenim licima (izvršiocima krivičnih djela za koja je moguć sporazum) daje se mogućnost da pregovaraju i dogovaraju se sa tužiocem, dok drugi izvršioci tu mogućnost nemaju. Teško da bi se moglo tvrditi da se ovdje radi o narušavanju principa jednakosti građana, jer je zakonodavac u potpunosti slobodan da autonomno reguliše društvene odnose. Kao što ima pravo da određena ponašanja proglasi krivičnim djelima, kao što ima pravo da propiše osnove za ublažavanje kazne, tako ima i autonomno pravo da odredi u odnosu na koja to krivična djela je moguće zaključenje sporazuma o priznanju krivice. Uostalom, kada postupa na ovaj način, zakonodavac vjerovatno smatra da pogodnosti koje sobom nosi sporazum o priznanju krivice ne treba dozvoliti učiniocima najtežih krivičnih djela.

Nadalje, sporazumu se spočitva da se izbjegavanjem glavnog pretresa umanjuje transparentnost pravosuđa, a samim tim i otežava kontrolisanje sudske djelatnosti. Upravo iz tog razloga postoji opasnost od površnog prihvatanja sporazuma od strane i onako preopterećenih sudija.³¹ Takođe, otvara se mogućnost tužiocima da (zlo)upotrebom sporazuma o priznanju krivice smanjuju broj zaostalih predmeta njegovim zaključivanjem, a to dalje vodi u opasnost da javnost kaznu doživi kao simboličnu, pogotovu ako je ona izrečena ispod propisanog zakonskog minimuma. Na ovaj način, sudska pravda se zamjenjuje administrativnom pravdom, a kredibilitet suda može ozbiljno da bude ugrožen ukoliko tužioci budu zanemarivali ciljeve specijalne i generalne prevencije.³² Ipak, iako nije nemoguće zamisliti ovakvu situaciju, smatramo da će u praksi one ipak biti rijetkost.

Uvođenje sporazuma o priznanju krivice utiče i na jedno od osnovnih pravnodržavnih načela, a to je načelo podjele vlasti. Pregovaranje o kazni, svakako, predstavlja u izvjesnom smislu uzurpaciju sudske vlasti, budući da o njoj pregovora

³¹ Damaška Mirjan, „Napomene o sporazumima u kaznenom postupku“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 1, 2004, str. 18.

³² Govedarica Mladenka, op. cit., 2008, str. 192.

tužilac. To naročito dolazi do izražaja u situacijama kad sudovi gotovo automatski prihvataju preporučene kazne. Međutim, korektiv tome čini mogućnost suda da ne prihvati sporazum, te se odluka, makar u kontrolnoj fazi stavlja u odgovarajuće ruke.³³ Ideja o odricanju od glavnog pretresa i prodoru funkcije suđenja u prethodni stadijum može djelovati potpuno u suprotnosti sa svim ustanovljenim načelima. Međutim, mora se priznati da ovo ipak ne bi predstavljalo apsolutnu novinu i nepoznanicu u krivičnom postupku. Teško da bi se moglo negirati da i tradicionalni krivični postupak ne poznaje utvrđivanje činjenica i odlučivanje još u fazi istražnog postupka. Kako drugačije objasniti odluku da se završi istraga tek onda kada se nađe da je stanje stvari dovoljno razjašnjeno da se može podići optužnica. Ili, primjera radi, odluku da se obustavi istraga ukoliko se nađe da nema dovoljno dokaza koji ukazuju na postojanje osnovane sumnje. Dakle, odluke se donose i u prethodnom stadijumu, i iako se ne odnose na glavnu stvar neke od tih odluka su analogne presudi donijetoj na glavnom pretresu.³⁴

Na kraju, od suštinske je važnosti da ovaj institut ne poljulja povjerenje u pravosudne organe, ili još bolje rečeno da ovim sporazumom ne bude produbljeno nepovjerenje u pravosudne organe koje svakako već postoji. Upravo iz tih razloga izuzetno je važno da državni tužioci ne razmatraju zaključivanje bilo kakvih sporazuma o priznanju krivice, već samo onih koji bi bili opravdani sa pozicije javnog interesa. Medijske slike loših sporazuma, pogotovu ako su akteri javne ličnosti, mogle bi ojačati nepovjerenje u pravosudni sistem, i dodatno podgrijati priče o mogućnostima zloupotrebe od strane državnih tužilaca. Ipak, iako su ovakve zloupotrebe i zamislive i moguće u praksi, isto tako je moguća zloupotreba (bilo od strane tužioca ili sudije) i svakog drugog instituta procesnog i materijalnog krivičnog prava.

³³ Brkić Snežana, „Dogovoreno priznanje (Plea Bargaining) u Angloameričkom pravu“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1-2, 2003, str. 184.

³⁴ Brkić Snežana, Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme, Novi Sad, 2004, str. 251.

Rezime

Institut sporazuma o priznanju krivice vodi porijeklo iz anglosaksonske pravne tradicije, ali ga u skorije vrijeme prepoznaje i primjenjuje i veliki broj kontinentalnih pravnih sistema. Kao većina evropskih zemalja, tako i Crna Gora nije ostala imuna na trendove preuzimanja dobrih rješenja iz anglosaksonskog prava. Upravo zbog toga, cilj ovog rada jeste ukazivanje na *ratio legis* uvođenja Sporazuma u domaće zakonodavstvo.

Budući da pojednostavljene forme postupka nikada ne smiju ići nauštrb zakonitosti rješenja krivične stvari, niti se njima smiju ugroziti zagarantovana prava i slobode učesnicima u postupku zarad postizanja efikasnosti, iznošenje argumenata *pro et contra* je od izuzetnog značaja. U radu su razmatrani pozitivni i negativni aspekti sporazuma o priznanju krivice koji su proizašli iz teorijskog sagledavanja ove problematike, ali i na osnovu analize sudske prakse.

Summary

The Institution of plea bargaining originated from the Anglo-Saxon legal tradition, but has only recently been recognised and implemented by a large number of continental legal systems. As is the case with most European countries, Montenegro is not immune to the trend of implementing and capitalizing on the positive solutions from Anglo-Saxon law. Therefore, the aim of this paper is to highlight *ratio legis* for the introduction of the Agreement to domestic legislation. Since the simplification of the procedure forms cannot be of detriment to the legitimacy of criminal matters settlement, nor may they endanger the guaranteed rights and freedoms of the parties involved in the procedure that aim for efficiency, stating *pro et contra* arguments is of exceptional importance.

This paper considers both positive and negative aspects of the plea bargaining agreement stemming from the theoretic consideration of this issue, as well as those based on case law analysis.



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

PRILOZI

Prof. dr Mladen VUKČEVIĆ¹

SUDSKI SAVJET IZMEĐU LEGITIMITETA I BLOKADE ²

Istorijski razvoj Crne Gore bilježi različite modele izbora sudija - u narodnim skupštinama, imenovanjem od monarha, u parlamentu, i na kraju, izbor od strane posebnog tijela koje bira one koji će ući u sudijski red. Bilježi se i izbor sudija na mandatni period a ne na stalnu funkciju, izbor u sistemu jedinstva i podjele vlasti, pamtimo i ideološku a ne pravnu odgovornost sudija. Sve su to bili odgovori na upit - kako obezbijediti da se u činu izbora sudije, na pragu karijere, ne okrnji sudijska nezavisnost.

Preteču Sudskog savjeta, nalazimo 1991. godine pod nazivom Pravosudni savjet. Od tada do danas mijenjao se naziv, struktura, nadležnosti i što je danas posebno aktuelno – način izbora članova ovog tijela.

Počelo se od tijela u kome u početku nije bilo sudija, zatim, strukture u kojoj je Skupština birala članove savjeta iz reda sudija i do danas, kada ih bira Konferencija sudija. Evoluciju je imao i dio sastava iz reda istaknutih pravnika, počev od strukovnog delegiranja (Pravni fakultet i Udruženje pravnika), preko zastupljenosti poslanika iz redova vlasti i opozicije, sve do današnjeg rješenja po kome se članovi iz reda istaknutih pravnika biraju u skupštini 2/3-ćinskom većinom, na osnovu javnog oglasa.

Osvrt na postojeće rješenje treba sagledati u kontekstu (unutrašnjem i međunarodnom) u kome je oblikovano. Naime, u primjeni odredbi o sudskoj vlasti utvrđenih Ustavom iz 2007. godine došlo se do ocjene da u cilju „ispunjavanja uslova za brže evropske integracije“ treba pristupiti ustavnim

¹

² Izlaganje na okruglom stolu „Ostvarivanje Ustava realna ili pravna mogućnost“ u organizaciji Univerziteta Donja Gorica, Udruženja pravnika Crne Gore i Inicijative za regionalnu saradnju (8. 05. 2018.)

promjenama. I pristupilo se, uz značajno uključivanje Venecijanske komisije. Poštovane su preporuke iz relevantnih međunarodnih dokumenata (Osnovna načela nezavisnosti sudstva, Evropska povelja o zakonu za sudije, Konsultativno vijeća evropskih sudija i dr.) o zastupljenosti sudija i ne-sudija u sudskim savjetima.

Međutim, ta dokumenta nude samo okvirne standarde, pa će u članu 1. Evropske povelje o zakonu za sudije biti zapisano da se preporučuje formiranje posebnog tijela za izbor sudija (u kome sudije čine barem polovinu članova) ali i da se, u zemljama sa značajnom sudskom tradicijom, kvalitet izbora sudija može postići i na drugi način, a to je u praksi - postavljanjem od šefa države, ili od izvršne vlasti. To znači uvažavanje različitih pravnih kultura i tradicija, koje uprkos (ili naizgled) formalno politizovanom izboru sudija, imaju istinski nezavisnu sudsku vlast (Engleska, Njemačka).

Za zemlje u tranziciji predviđeni su zahtjevniji uslovi, što je i u našem slučaju učinjeno i dobili smo unikatno ustavno rješenje u Evropi, mislim i svijetu. U čemu se ono sastoji? Četiri člana Sudskog savjeta iz reda uglednih pravnika bira Skupština, na osnovu sprovedenog javnog oglasa, 2/3-ćinskom, odnosno 3/5-skom većinom u drugom krugu kao, predsjednik Sudskog savjeta bira se iz reda tih članova Sudskog savjeta. To je trebalo da pojača legitimitet izabranih i da onemogući „samoproizvodnju sudija“ ili „sudokratiju“, odnosno „koterijaštvo“ (zatvaranje u određeni društveni krug) o kome je nekada prisao Đ. Tasić, profesor Pravnog fakulteta u Beogradu.

Takav pristup VK je ocijenila kao „veoma pozitivan“, da ne budem zlorad, toliko dobar da se ovih dana mora razrješavati takav ustavni čvor. Uzgred, ne možemo a da ne uočimo da je za razliku od VK jedno drugo tijelo Savjeta Evrope (GRECO) u svom godišnjem izvještaju predložilo da predsjednik Sudskog savjeta, bude predsjednik Vrhovnog suda (po funkciji), a ne član iz reda istaknutih pravnika. Dakle, suprotstavljena rješenja koja nam se šalju sa iste adrese (Savjet Evrope). Zato, moramo ponoviti još jednom - treba saslušati a ne glorifikovati preporuke (i) sa tih adresa. Oni nude okvirne standarde a na nama je *modus operandi*, jer, mi ćemo primjenjivati rješenja ili brinuti o blokadama u radu kakva nam je u izgledu. Zato,

treba da napravimo otklon od ustavnog optimizma, po kome je nešto dovoljno propisati da bi to bilo ostvareno.

Sada konkretno, da analiziramo problem u kome smo. Prvo, što su nedostaci tog rješenja, i drugo, kako ih prevazići. To činim i kao neposredni sudionik primjene postojećeg rješenja, lišen subjektivnosti, budući da nemam pravo na novi mandat.

Nedostaci su u sljedećem:

1) Zahtjevna većina, veća od one koja je potrebna i za izbor Vlade. To posebno dobija na značaju (ili komplikovanosti) u: politički oštro podijeljenom društvu u kome nema političke kulture za politički dogovor; uslovima bojkota parlamenta i stalnim izbornim procesima. Kao da nemamo predizborno i postizborno vrijeme, već smo stalno u izbornom vremenu.

2) Ustavom, ali ni zakonom nije utvrđeno što biva ako se Savjet ne izabere? Takva podnormiranost po istom pitanju može dovesti do blokade. I kako iz tog ustavnog problema izaći - promjenom Ustava a za to opet trebaju 2/3, i opet smo u ustavnom *circulus vitiosus*-u.

3) U tome što u slučaju neizbora članova iz reda istaknutih pravnika nema predsjednika, budući da se on bira iz njihovog reda. Tako se dolazi u apsurdnu situaciju, da ćemo imati četiri nova člana iz reda sudija, plus dva po položaju i time većinu od ukupnog broja (6 od 10), ali nećemo imati predsjednika, i sve se vraća na početak.

Kako prevazići krizu?

Najbolje je dijalogom i izborom novog sastava Savjeta, jer se u politici politički razlomci mogu sabirati samo ako postoji zajednički imenitelj.

Međutim, ako to nije moguće treba tražiti drugi, pravni put. Izmjena Ustava je nerealna iz razloga koji su navedeni. Neki predlažu izmjenju Ustavnog zakona, to je teško prihvatljivo makar iz tri razloga. Prvo, Ustavni zakon je akt sprovođenja, realizacije Ustava, i on je akt procesnopravnog karaktera, drugo, on se donosi istovremeno sa Ustavom, i treće, Ustav Crne Gore utvrđuje da se on mijenja amandmanima, a ne Ustavnim zakonom. Mislim da je motiv zagovornika ovog pristupa činjenica da se Ustavni zakon

mijenja običnom, a ne dvotrećinskom većinom, ali tako se ne mogu mijenjati (materijalne) odredbe Ustava. U obzir ne dolazi ni skupštinska odluka ili zaključak, kao ni ustanovljavanje neke vrste parlamentarne konvencije o produženju mandata.

Na Skupštini je da u konačnom da odgovor na postavljena pitanja, a u javnosti se kao opcija pominje moguća preporuka VK o produženju mandata postojećem sastavu Sudskog savjeta. Skrećem pažnju da ako se bude uređivala situacija za slučaj neizbora Savjeta, to treba učiniti na način da se kasnije opravdano ne dovede u pitanje ocjena njegove ustavnosti tog rješenja. Dakle, da se definiše rad „tehničke sudske vlade“, onako kako Ustav to uređuje za druge grane vlasti, ali ne i da se utvrđuju materijalna rješenja. Ili još sličnije, onako kako to uređuju Zakon o državnom tužilaštvu i Zakon o Centralnoj banci, za slučaj neizbora Tužilačkog savjeta ili Savjeta Centralne banke, ili Zakon o Ustavnom sudu, koji takođe uređuje situaciju u slučaju neizbora sudije Ustavnog suda.

Podsjećam da se u uporednoj praksi u ovakvoj pravnoj situaciji pristupa sistematskom tumačenju Ustava, a ono je poslije jezičkog, drugopozvano u razumjevanju Ustava. Dakle, rješenje treba tražiti u osnovnim odredbama koje su smjernice, izvorište i ishodište tumačenja Ustava. Pored ostalog, u načelu vladavine prava (čl. 1 Ustava) i načelu podjele vlasti (čl. 11 Ustava). Odnosno, ima li vladavine prava i ima li podjele vlasti, ako ne funkcioniše jedna grana vlasti. Ili drugačije, ako zakonodavna i izvršna vlast imaju „pravo na prelazna stanja“ u slučaju neizbora, a sudska vlast nema to pravo, jesu li te grane vlasti ravnopravne i počivaju li na međusobnoj kontroli kako je Ustavom utvrđeno. Odgovor se nameće sam po sebi - nijesu.

Osim ovoga, smatram da treba zajedno sa takvom izmjenom, dodatno objektivizirati uslove za izbor članova Sudskog savjeta iz reda uglednih pravnika. U suprotnom široko tumačenje ove odredbe može dovesti do devalviranja njenog smisla.

U zaključku, kao profesor Ustavnog prava i predsjednik Sudskog savjeta volio bih da se ne dođe u situaciju testiranja iznuđenih rješenja, već da uslijedi dogovor političkih aktera, jer je to jedino optimalno rješenje, makar ono u ovom trenutku izgledalo nedostižno. Nedostižno je izgledalo i ujedinjenje dvije Koreje, pa je do njega došlo, i to brzo i neočekivano.

Sve ovo treba da bude pouka, da se nekritičkim prihvatanjem uporednih rješenja u cilju dobijanja evropskih pluseva ne završavaju naše obaveze. Naprotiv, to nas nekada može vraćati na popravni ispit ili traženje prelaznih rješenja. Zato nam trebaju rasprave kao današnja i ukazivanje na manjkavosti ustavnih rješenja, kako bi ostvarili primarnu funkciju Ustava - da bude akt koji unapređuje model vladanja, a ne akt koji ga blokira ili usporava.

mr Safet KORAC¹

**EVROPSKI STANDARDI
U OBLASTI UPRAVLJANJA GRANICOM
– analiza pravila i prakse u Crnoj Gori**

Uvažavajući prioritetni i strateški cilj da postane članica Evropske unije, Crna Gora se obavezala da će ispuniti kriterijume koji proističu iz procesa pristupanja Evropskoj uniji i da će u potpunosti primijeniti uspostavljene principe Evropske unije koji se odnose na slobodu, demokratiju, poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda i vladavinu prava. Ispunjavajući obaveze u oblasti upravljanja granicom i kako bi dodatno ojačala partnerstvo, stabilnost i ekonomski rast i umanjila bezbjednosne rizike, Crna Gora je 2006. godine, između ostalog, uspostavila sistem integrisanog upravljanja granicom i nastavila njegovo usavršavanje u skladu sa preporukama i najboljom međunarodnom praksom. Ukidanje kontrole na unutrašnjim granicama učinilo je Evropsku uniju sigurnijom u pogledu unutrašnje bezbjednosti kroz jačanje pravosudne i policijske saradnje, ali je i na takav način, poseban prioritet dat na nadzoru zajedničke spoljne granice uvođenjem jedinstvenih standarda i procedura u kontroli granice, koji podrazumijeva postojanje visokog nivoa uzajamnog povjerenja između zemalja članica EU, naročito u praćenju i sprovođenju zajedničkih aktivnosti, diobi odgovornosti i obaveza, kao i solidarnosti. Cilj rada je analiza evropskih standard u ovoj oblasti i ukazivanje na pozitivnopravna rešenja i prakse u Crnoj Gori u kontekstu njihovog ispunjavanja, s posebnim osvrtom na obezbjeđenje efikasnog rada granične policije i ostalih službi koje imaju nadležnost na državnoj granici u cilju očuvanja nacionalne bezbjednosti i bezbjednosti Evropske unije.

¹ Generalni director Direktorat za strateško-razvojne poslove Ministarstvo unutrašnjih poslova Crne Gore

Uvod

Migracije, kao stalni proces kretanja ljudi u centru su političkog interesovanja ne samo u Evropi već i širom svijeta, jer se Evropska unija suočava sa stalnim značajnim migracionim pritiscima. U ovom smislu je potrebno uzeti u obzir činjenicu da je Crna Gora južno-evropska i mediteranska zemlja i da se nalazi na raskršću između Istočne i Zapadne Evrope, i južnog i sjevernog dijela kontinenta. Zbog njenog položaja, ona predstavlja prirodnu vezu preko koje prelaze određeni tokovi migracija i prometa.

Nadzor i zaštita državne granice u budućem periodu predstavljaju glavni izazov prilikom formalizovanja članstva Crne Gore Evropskoj uniji, jer ova oblast obuhvata problematiku: spoljnjih granica, stranaca, azila, migracija, viza i šengensku pravnu tekovinu, a prije svega kroz usklađenost našeg zakonodavstva sa pravnom tekovinom EU u ovoj oblasti, kao i efikasno umrežavanje nadležnih organa kako bi se zaštitile spoljne granice i ujedno garantovala bezbjednost građanima unutar EU. Sve aktivnosti moraju biti usmjerene ka zaštiti spoljnjih granica i bezbjednosti građana EU. Prioritet će biti usklađivanje našeg zakonodavstva u oblasti bezbjednosti granica sa pravnom tekovinom EU, te u tom smislu potpuno usklađivanje našeg Zakona o graničnoj kontroli sa Šengenskim kodeksom o granicama, Šengenskom konvencijom i Šengenskim priručnikom, kako bi se pripremili za preuzimanje odgovornosti za obezbjeđenje spoljnjih granica EU i usklađivanje sa zahtjevima Šengena.

Ministarstvo unutrašnjih poslova i Uprava policije kontinuirano rade na usklađivanju svog poslovanja sa pravnom tekovinom i standardima Evropske unije, s obzirom da je Crna Gora dužna da ispuni niz obaveza prije nego postane članica ove organizacije.

Normativna rešenja u oblasti upravljanja granicom u Crnoj Gori

Složenost upravljanja crnogorskom državnim granicom određena je njenim posebnostima. To su: duga državna granica u odnosu na ukupnu površinu državne teritorije, granična linija je utvrđena i obilježena samo sa dvije države sa

kojima se graniči, veliki broj graničnih prelaza, određeni broj puteva koji sijeku graničnu liniju, budući da su građeni u vrijeme kada se na tom prostoru nije protezala državna, već republička granica (administrativne granice), državna granica koja se proteže rijekama, zbog niskog nivoa vodostaja pogodna je za nezakonite prelaske, morska granica se najvećim svojim dijelom naslanja na međunarodne vode, a manji dio morske granice je prema Republici Hrvatskoj i Republici Albaniji, planinski lanci otežavaju zaštitu zelene granice, a u pojedinim područjima su ispresijecani putevima.²

Granična kontrola je osnovna organizaciona jedinica odgovorna za implementaciju poslova iz ove oblasti, koja vrši graničnu kontrolu na kopnenim i vodenim granicama i graničnim prelazima, obavlja poslove suzbijanja nezakonitih migracija, analize rizika i međunarodne saradnju granične policije. Ova pitanja su bliže uređena Zakonom o graničnoj kontroli.³ U smislu Zakona, granična kontrola podrazumijeva kontrolu na graničnim prelazima u propisanom vremenu i na propisanom mjestu, kao i nadzor državne granice koji podrazumijeva preduzimanje radnji i ovlašćenja izvan utvrđenog radnog vremena. Pomenuti zakon propisuje način vršenja granične kontrole, radnje koje se preduzimaju, prema kojim licima se preduzimaju te radnje, ovlašćenja pomenutih policijskih službenika, kaznene odredbe u slučaju nepoštovanja materijalnih odredaba predmetnog zakona, kao i brojna druga pitanja koja se tiču granične kontrole.

Zakon i je u određenoj mjeri usklađen sa relevantnim rješenjima iz pravne tekovine Evropske unije. Usvajanje novog Zakonika i Uredbe Evropskog parlamenta i Vijeća o evropskoj graničnoj i obalskoj straži iz 2016. godine, stvorilo je potrebu izmjena, odnosno dopuna Zakona.⁴ Značajno je, u ovom smislu, naglasiti da realizacija Šengenskog akcionog plana (kao i ostalih, već donijetih strategija i planova) ne znači samo ispunjavanje uslova za ulazak Crne Gore u Evropsku uniju i posljedično, nakon toga, i u šengenski prostor, već predstavlja

² Vidjeti: Vlada Crne Gore, Strategija integrisanog upravljanja granicom 2014-2018.godina

³ Zakon o graničnoj kontroli („Službeni list CG“, br. 72/2009 i 39/2013)

⁴ Regulation (EU) 2016/339 of the European parliament and of the council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code)

i plan razvoja integrisanog upravljanja granicom u skladu sa savremenim evropskim principima i standardima koji će, u prvom planu, doprinijeti boljoj bezbjednosti same Crne Gore.

U tom smislu, Ministarstvo unutrašnjih poslova Crne Gore prepoznalo je potrebu za dodatnim usklađivanjima sa evropskim zakonodavnim okvirom u ovoj oblasti kao i sa evropskom praksom, pa je iniciralo Izmjene i dopune Zakona o graničnoj kontroli kojima će se implementirati većina mjera iz Šengenskog akcionog plana koji sadrži veliki broj preporuka, čijom će se realizacijom još više unaprijediti sistem granične kontrole u Crnoj Gori. Ove mjere i preporuke ujedno predstavljaju i put ka usaglašavanju pitanja koja se tiču granične kontrole, graničnih prelaza i granice uopšte, sa relevantnim propisima Evropske unije, a prije svega sa Šengenskim zakonikom o granicama. To usaglašavanje predstavlja preduslov za implementaciju evropskih standarda koji se moraju ispoštovati kako prije, tako i po ulasku Crne Gore u Evropsku uniju.

Evropski standardi u oblasti upravljanja granicom

Kada je riječ o evropskim standardima, ključni akt u ovoj oblasti je Šengenski zakonik o granicama (Schengen border code)⁵ koji postavlja jasna pravila i uslove koji se moraju ispuniti, a zatim i niz drugih direktiva. Standardi koje je Evropska unija postavila kroz pomenuti Šengenski zakonik i druge akte, pretočeni su u Strategiju integrisanog upravljanja granicom 2014-2018. godine, a potom i u Šengenski akcioni plan za svaku godinu, koji sadrži mjere koje su organizacione jedinice Ministarstva unutrašnjih poslova i Uprave policije u obavezi da realizuju do određenih rokova. Upravljanje granicom, prevashodno se odnosi na policijske službenike iz Sektora granične policije, a potom i na službenike Uprave carina, Uprave za imovinu, kao i druge subjekte u čijem je okviru posla granična oblast.

⁵ Regulation (EU) 2016/339 of the European parliament and of the council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code)

Jedan od bitnijih evropskih standarda koji se tiču upravljanja granicom jeste zajednički granični prelaz, koji podrazumijeva definisanje graničnog prelaza na kojem bi graničnu kontrolu vršile granične policije susjednih zemalja, naizmjenično, što bi u našoj državi značilo sprovođenje granične kontrole od strane, kako policijskih službenika Crne Gore, tako i policijskih službenika susjedne države, koji bi vršili kontrolu jedni nakon drugih, a u skladu sa crnogorskim zakonodavstvom i nacionalnim zakonodavstvom susjednih država, kao i odredbama međunarodnih, odnosno bilateralnih ugovora.

Od izuzetne važnosti je i definisanje prelaska preko granice pojednostavljenom procedurom granične kontrole za posebnu kategoriju lica, i to za državljane država članica Evropske unije, državljane država ugovornica Ugovora o evropskom ekonomskom prostoru i državljane Švajcarske Konfederacije (EU/EEA/CH), pri čemu tu, naravno spadaju i državljani Crne Gore. Međutim, s obzirom da se prema važećem Zakonu o graničnoj kontroli pomenuta vrsta kontrole sprovodi i prema strancima koji mogu da ulaze u Crnu Goru na osnovu lične karte u skladu sa međunarodnim ugovorom i propisom o viznom režimu, kao što su to npr. državljani Srbije ili Bosne i Hercegovine, to će se, ova vrsta kontrole, do ulaska Crne Gore u Evropsku uniju, sprovoditi i prema ovoj kategoriji lica.

Pojednostavljena procedura granične kontrole podrazumijeva provjeru validnosti putnih isprava, provjeru saobraćajnog sredstva upotrebom tehničkih sredstava, kao i provjeru ispunjenosti uslova za ulazak odnosno izlazak iz Crne Gore shodno zakonu kojim su propisani uslovi za ulazak, izlazak, kretanje, boravak i rad stranaca u Crnoj Gori. Dakle, na ovaj način će se prema određenim licima sprovoditi tzv. osnovna granična provjera, dok će se prema svim licima koja ne pripadaju ovoj grupi, kao i prema licima koja mogu da predstavljaju ili predstavljaju opasnost za bezbjednost vršiti detaljna granična kontrola.

Šengenskim zakonikom predviđeno je, takođe, i razdvajanje toka kretanja Šengen i non-Šengen lica na graničnim prelazima (propisivanje posebnih traka i fizičko razdvajanje kretanja putnika) u vezi sa čim je Ministarstvo unutrašnjih poslova u fazi definisanja najboljeg mogućeg

rješenja koje će biti primjenjivo obzirom na tehničke karakteristike samih graničnih prelaza i dijela puteva koji su spojeni sa njima. Šengen i lica koja nisu u šengenskom prostoru, kao što se vidi iz samog naziva, podrazumijevaju lica koja pripadaju šengenskom prostoru s jedne, i lica koja ne pripadaju ovom prostoru, s druge strane. Šengenski prostor jeste prostor kojem pristupaju sve države članice Evropske unije, nakon isteka određenog roka od ulaska u Evropsku uniju, a podrazumijeva prostor bez postojanja granične kontrole na unutrašnjim granicama, odnosno granicama između zemalja članica.

Pored Zakonika o Šengenskim granicama, bitan dokument Evropske unije sa kojim se mora uskladiti granična kontrola jeste i Direktiva o obavezi prevoznika da otkrivaju podatke o putnicima (API direktiva),⁶ koja podrazumijeva određene obaveze prevoznika u vazdušnom saobraćaju, a prije svega obavezu da se podaci o putnicima dostavljaju Upravi policije, u što kraćem roku. Pored vazdušnog saobraćaja, obaveza dostavljanja podataka putnika predviđena je i za plovne objekte u međunarodnom pomorskom, jezerskom i riječnom saobraćaju, na isti način.

Nadalje, kao evropski standard postavljena je i obaveza definisanja postupanja sa neregularnim migrantima i primjeni policijskih ovlašćenja prema ovim licima na lokalnom nivou, odnosno u unutrašnjosti teritorije, koja podrazumijeva da policijski službenici koji u unutrašnjosti Crne Gore zateku lice koje je nezakonito prešlo granicu (npr. izbjegavajući graničnu kontrolu i druge propisane situacije) preduzimaju određene poslove prema tim licima kako bi im utvrdili identitet, te ih na kraju dovode u nadležnu organizacionu jedinicu granične policije, odnosno kod ovlašćenog lica, a to je u Crnoj Gori inspektor za strance. Kroz Uputstvo o postupanju policijskih službenika prema nezakonitim migrantima, Ministarstvo unutrašnjih poslova je nastojalo da se na najbolji mogući način obuhvate radnje koje se sprovode prema ovim licima, uključujući i postupanje prema maloljetnim licima, što podrazumijeva angažovanje policijskih službenika

⁶ Council Directive 2004/82/EC of 29 April 2004 on the obligation of carriers to communicate passenger data

koji su posebno obučeni za postupanje sa ovom osjetljivom kategorijom lica.⁷

Kada su u pitanju policijska ovlašćenja, postoji niz rješenja koje je značajno definisati, među kojima je i proširenje tih ovlaštenja, kao što je npr. upotreba službenih pasa prilikom redovnog vršenja granične kontrole. Naime, službeni psi trenutno se prema važećem zakonodavstvu mogu upotrebljavati isključivo kao sredstvo prinude, što podrazumijeva da moraju biti ispunjeni određeni uslovi kako bi se isto primijenilo, kao npr. : ako su ispunjeni uslovi za upotrebu fizičke snage ili palice, ako su ispunjeni uslovi za upotrebu vatrenog oružja, ako se uspostavlja narušeni javni red i mir.⁸ Takođe, važno je pomenuti da u slučaju potrebe za postavljanjem, upotrebom i održavanjem opreme za vršenje granične kontrole uz graničnu liniju, vlasnici zemljišta koje je uz tu liniju, obavezni dozvoliti isto, a pritom i imati pravo naknadu štete, ukoliko ista i nastane. Ovakav vid policijskih ovlaštenja posebno je bitan u vršenju nadzora državne granice gdje je u određenim situacijama potrebno da se postavljaju rampe i druge prepreke na putevima koji nijesu u funkciji graničnog prelaza, radi sprečavanja nezakonitog prelaska državne granice. Nadzor državne granice podrazumijeva vršenje granične kontrole u blizini granične linije, izvan graničnog prelaza i izvan utvrđenog vremena, što znači da zahtijeva posebnu pažnju i uslove, pogotovo, uzimajući u obzir odlike reljefa koje posjeduje Crna Gora.

Posebno vazan standard koji bi u velikoj mjeri doprinio i nadogradio rad granične policije jeste zadržavanje lica do 48h prilikom vršenja granične kontrole što bi, u našem zakonodavstvu predstavljalo izuzetak u odnosu na Zakon o unutrašnjim poslovima koji propisuje da se licu može ograničiti sloboda kretanja u zatvorenom prostoru najduže 6 časova. Naime, kako je Evropu proteklih godina pogodila migrantska kriza, koja još uvijek traje, neophodno je bilo propisati optimalan rok na osnovu kojeg će policijski službenici adekvatno preduzeti sve mjere, prevashodno, izvršiti utvrđivanje identiteta, koje iziskuje dodatno vrijeme, pogotovo

⁷ Uputstvo o postupanju policijskih službenika prema nezakonitim migrantima-MUP Crne Gore,2017.god.

⁸ Zakon o unutrašnjim poslovima („Službeni list CG“, br. 36/2013 i 1/2015)

imajući u vidu veliki broj lica koja bi dnevno prelazila granicu. Usvajanjem ove odredbe graničnoj policiji bi se znatno olakšalo vršenje granične kontrole u smislu potrebe korišćenja dužeg vremena za pravilnu provjeru određenih interesantnih lica koji prelaze, odnosno imaju namjeru da prodju državnu granicu.

Ono što predstavlja jednu od glavnih odlika Šengena jesu takozvane kompenzatorne mjere, koje podrazumijevaju vršenje granične kontrole na unutrašnjim granicama Evropske unije, ukoliko je to neophodno, odnosno privremeno uvođenje kontrole na unutrašnjim granicama. Konkretno, ukoliko bi Crna Gora uvela kompenzatorne mjere to bi obuhvatilo sljedeće: kompenzatorne mjere u unutrašnjosti države, kompenzatorne mjere u unutrašnjim šengenskim letovima, zajednički centri za policijsku i carinsku saradnju, prekogranične potjere, prekogranični nadzor. Navedene mjere ujedno predstavljaju i izuzetak u odnosu na glavno pravilo Šengena, a to je nepostajanje granične kontrole unutar teritorije Evropske unije. Mjera koju je prema Šengenskom akcionom planu potrebno realizovati podrazumijeva propisivanje pravnog osnova za utvrđivanje kompenzantornih mjera, što nije moguće dok Crna Gora ne postane dio režima unutrašnjih granica, čiji je uslov pristupanje Evropskoj uniji i Šengen zoni.

U duhu očuvanja i poštovanja ljudskih prava, Evropska unija posebnu pažnju poklanja sprečavanju diskriminacije u vršenju policijskih poslova kada su u pitanju žene, što redovno preporučuje u svojim izvještajima. Važeći Zakon graničnoj kontroli ne sadrži odredbu kojom se direktno zabranjuje vršenje diskriminacije po bilo kom osnovu, međutim ovo pitanje je regulisano Zakonom o unutrašnjim poslovima koji se odnosi na sve policijske službenike, bez obzira od vrste policijskog posla koji obavljaju. U želji da i granična kontrola prati evropske standarde u pomenutim zakonskim izmjenama definisana je zabrana diskriminacije od strane policijskog službenika po osnovu rase, boje kože, nacionalne pripadnosti, društvenog ili etničkog porijekla, veze sa nekim manjinskim narodom ili manjinskom nacionalnom zajednicom, jezika, vjere ili uvjerenja, političkog ili drugog mišljenja, pola, promjene pola, rodnog identiteta, seksualne orijentacije i/ili interseksualnih karakteristika, zdravstvenog stanja, invaliditeta, starosne dobi, imovnog stanja, bračnog ili

porodičnog stanja, pripadnosti grupi ili pretpostavke o pripadnosti grupi, političkoj partiji, sindikalnoj ili drugoj organizaciji, kao i po osnovu drugih ličnih svojstava.

Evropska komisija je u martu 2018. godine u Izvještaju o napretku, u poglavlju pod nazivom Šengen i vanjske granice, ukazala na značaj poboljšanja saradnje sa susjednim zemljama u vršenju granične kontrole, kao i povećanje resursa namijenjenih modernizaciji granične infrastrukture i nadzoru granice. Saradnju sa susjednim zemljama moguće je ostvariti putem bilateralnih sporazuma, koji u ovom dijelu imaju ključnu ulogu. Naime, prema Izvještaju, saradnja Crne Gore sa susjednim zemljama je i dalje dobra na tehničkom nivou. Preostaje zaključivanje sporazuma o razgraničenju sa Srbijom i Hrvatskom, dok su pregovori o sporazumu sa Albanijom još uvijek u toku. Takođe, Crna Gora je ratifikovala sporazum o razgraničenju sa Kosovom. Tačnije u februaru 2018. godine, predsjednici dvije države su potpisali zajedničku izjavu u kojoj su pozvali Skupštinu Kosova da ratifikuje Sporazum. Sporazumi o pograničnom saobraćaju sa Srbijom i Bosnom i Hercegovinom još uvijek nijesu potpisani, a postojeći sporazum sa Hrvatskom treba uskladiti sa pravnom tekovinom Evropske unije.

Jedan od standarda koje je postavila Evropska unija, jeste i takozvana vizna liberalizacija. Vizna liberalizacija podrazumijeva slobodu kretanja u zemljama Šengenske zone, te omogućava putovanje bez vize do 90 dana (svakih šest mjeseci) ali ne i dozvolu za rad ili pravo da se živi u bilo kojoj od država koja je dio Šengenske zone. Uprava policije je potpisala protokol za Radni aranžman sa Frontex-om, kojim je, između ostalog, predviđeno i učešće nadležnih organa Crne Gore u aktivnostima kojima koordinira i koje finansira Frontex. Ovo je bio i jedan od uslova da Crna Gora dobije viznu liberalizaciju koji je uspješno ispunjen.

U cilju ispunjenja daljih obaveza iz predpristupnih pregovora sa Evropskom unijom, u okviru Poglavlja 24 – Pravda, sloboda i bezbjednost, takođe je predviđeno učešće policije u aktivnostima Frontex-a, kroz učešće u organizacionim aktivnostima, obukama, zajedničkim operacijama i analizi rizika za granice. U 2017. godini, u okviru saradnje sa Frontex-om, okvirno su realizovane mjere koje

podrazumijevaju usklađivanje upravljanja granicom sa evropskim standardima, i to kroz sljedeće aktivnosti:

- Mreža za analizu rizika zapadnog Balkana (WBRAN),
- Konferencija mreže zemalja domaćina zajedničkih operacija,
- Evropski dan graničara,
- Zajednička operacija koordinisanih tačaka – Sastanak mreže lokalnih koordinatora zajedničke operacije,
- Zajednička operacija koordinisanih tačaka – na kopnenim graničnim prelazima,
- Zajednička operacija koordinisanih tačaka – na aerodromskim graničnim prelazima,
- Godišnja konferencija za obuku,
- Godišnji bilateralni razgovori,
- Godišnji sastanak rukovodilaca graničnih službi,
- Izrađen plan za uspostavljanje Frontex-ovih tačaka za koordinaciju na graničnim prelazima,
- Ostvarena komunikacija sa Frontex-om o ciljnim graničnim prelazima, i izrađena platforma za uspostavljanje Frontex-ovih tačaka za koordinaciju,
- Uspostavljena operativna saradnja sa Frontex-om i EU zemljama članicama na nivou raspoređivanja nacionalnih službenika granične policije u okviru Frontex-ovih zajedničkih operacija,
- Uspostavljen je oficir za vezu za saradnju Crne Gore i Srbije, sa sjedištem u Beogradu.

Ostaje nejasno pitanje donošenja sporazuma o statusu između Evropske unije i “treće zemlje” (Crne Gore) o djelatnostima koje izvršava Agencija za evropsku graničnu i obalsku stražu u “trećoj zemlji”, kojim bi se uspostavila saradnja između Evropske komisije, odnosno Frontex-a i Crne Gore na način da službenici Frontex-a u preduzimanju poslova na državnoj granici Crne Gore, između ostalog, uživaju imunitet od krivičnog gonjenja, u vezi sa kojim su u toku pripreme oko počinjanja pregovora.

Kada je u pitanju izbjeglička kriza, za razliku od susjednih zemalja od kojih je najviše na udaru bila Srbija, Crna Gora nije u velikoj mjeri „osjetila“ ovaj problem. Međutim, postoji niz mjera koje je prema Šengenskom akcionom planu, Ministarstvo unutrašnjih poslova bilo u obavezi da realizuje. Među najbitnijim su implementacija

Direktive 2011/95 Evropskog parlamenta i Savjeta, te Regulative 604/2013, koja je izvršena na način što je sa navedenim aktima usaglašen Zakon o međunarodnoj i privremenoj zaštiti stranaca, dok je u februaru ove godine stupio na snagu novi Zakon o strancima, kojim su jasno definisani uslovi za ulazak, izlazak, kretanje, boravak i rad stranaca u Crnoj Gori.

Zaključak

Koncept integrisanog upravljanja granicom nastavlja dalje usavršavanje u skladu sa preporukama i najboljom međunarodnom praksom. Iako ukidanje kontrole na unutrašnjim granicama čini Evropsku uniju sigurnijom u pogledu unutrašnje bezbjednosti kroz jačanje pravosudne i policijske saradnje, poseban prioritet se daje nadzoru zajedničke spoljne granice uvođenjem jedinstvenih standarda i procedura u kontroli granice, koji podrazumijeva postojanje visokog nivoa uzajamnog povjerenja između zemalja članica EU, naročito u praćenju i sprovođenju zajedničkih aktivnosti, diobi odgovornosti i obaveza, kao i solidarnosti. Najznačajniji akt Evropske unije u ovoj oblasti je Šengenski zakonik o granicama, koji sadrži mjere u preporuke za usaglašavanje pitanja koja se tiču granične kontrole, graničnih prelaza i granice uopšte.

Ministartvo unutrašnjih poslova Crne Gore je prepoznalo potrebu za harmonizovanjem normativnog okvira Crne Gore sa evropskim zakonodavnim okvirom u ovoj oblasti i evropskom praksom. Za graničnu kontrolu i upravljanje granicom, najvažniji akt je Zakon o graničnoj kontroli, a potom i podzakonski akti koji se na osnovu ovog zakona donose. To rezultira njegovim izmjenama i dopunama kojima će se implementirati većina mjera iz Šengenskog akcionog plana koji sadrži veliki broj preporuka, čijom će se realizacijom još više unaprijediti sistem granične kontrole u Crnoj Gori.

Prilikom implementacije, uzimaju se u obzir realne potrebe granične policije, kako bi se poteškoće u radu policijskih službenika granične policije sveli na minimum, a što više moguće unaprijedili uslovi za vršenje policijskih poslova. Bitno je naglasiti da je priroda određenih standarda takva da ih je nemoguće u identičnom obliku i mjeri prenijeti u

crnogorsko zakonodavstvo, imajući u vidu sve odlike koje karakterišu Crnu Goru, a potom i uslove za vršenje granične kontrole.

mr Matija S. VUČIĆEVIĆ ¹

UGOVORI O RADNOM ANGAŽOVANJU KOJIMA SE NE ZASNIVA RADNI ODNOS

Uvodna razmatranja

Pravo na rad je jedan od najvažnijih, najsloženijih i najteže ostvarenih radničkih zahtijeva. Kao pravna kategorija postoji više od jednog vijeka, a kao moralno-politička je znatno starija. Podvlačeći njegov značaj, Furije je pisao: „*na sitnim sporovima o pravima čovjeka izgubili smo čitava stoljeća, ali uopšte ni pomišljali nismo o priznavanju najosnovnijih prava, kao što je pravo na rad, bez koga se sva ostala svode na nulu*”.²

Potreba za obradom teme “Ugovori o radnom angažovanju kojima se ne zasniva radni odnos”, nameće konstantna akutelizacija različitih formi regulisanja međusobnih odnosa između radnika i poslodavca (naručioca posla), kojom prilikom ne dolazi do uspostavljanja radnog odnosa. Naime, česte promjene u industrijskim odnosima, u praksi su prouzrokovale, isto tako česte promjene u radno-pravnom odnosu, što je posebno aktuelno kada se ima u vidu da napuštanjem sistema samoupravljanja i uvođenjem pluralizma vlasništva, dolazi do kvalitativnih promjena po ovom pitanju.

Osim navedenog, prava po osnovu rada u uslovima postojanja opasnosti po njihovu zaštitu, oličenim u teškim kršenjima ovih prava u pojedinim zemljama i globalne opasnosti od njihove destrukcije, postaju sredstvo za očuvanje i unaprjeđenje ljudske egzistencije, a samo obrazovanje o njima ima veliki značaj. Otuda i proizilazi njihov značaj za radnika i tu leži razlog i odgovor na kontinuirano nastojanje čovječanstva za priznavanje, zaštitu i ostvarivanje radnih prava u što optimalnijem smislu.

¹ Autor je mr Matija S. Vučićević, advokat iz Podgorice i saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu Univerziteta “Mediteran”.

² Charles Fourier, Théorie de l'unité universelle, vol. II, Paris, 1841, str. 180.

Istorijski posmatrano, potreba za radom je imala svoje prisustvo kroz gotovo sve periode civilizacijskog razvoja, međutim dobar dio tog perioda karakteriše nedostatak formirane svijesti čovjeka o nužnosti zadovoljenja ove potrebe i načinu na koji će to učiniti, te čovjeku prava na rad nisu bila definisana kao priznata.

Upravo zbog lošeg iskustva, skup prava za koja su se radnici do danas izborili, za čovječanstvo predstavljaju jednu vrstu stečenog kapitala, te garanciju stečenog životnog statusa i polaznu osnovu za njegovu dalju afirmaciju. Međutim, treba ukazati na činjenicu da razvoj na području zaštite prava na rad nije jednosmjernan i ireverzibilan, jer se prava moraju odrediti u kontekstu koji odgovara uslovima pojedinog društva. Čak i kada pozitivnopravni propisi uspiju prenijeti ono što izgleda važnim za prava iz rada, njihova realizacija ostaće na milost i nemilost okolnostima istorijskog razvoja.

U uvodnom dijelu rada, pažnja je posvećena definisanju osnovnih koordinati rada van radnog odnosa kroz njegova bitnja obilježja, koja se radi potpunijeg razumijevanja izvode kroz osvrt na centralnu instituciju u radnom pravu-radni odnos. Pažljivim odabirom kroz kriterijum zakonskog tretiranja i prisutnosti u praksi *in media res* obuhvaćeni su ugovori o radnom angažovanju kojima se ne zasniva radni odnos. U završnom dijelu rada, vođeni vizijom da na cjelovit način približimo specifičnosti predmetne teme, pažnja je posvećena obradi ugovora o radu i ugovora kojima se ne zasniva radni odnos, primjenom komparativne metode.

Bitna obilježja rada kojim se ne zasniva radni odnos

U teorijskoj ravni, zastupljen je stav da zakonodavac prilikom tretiranja rada kojim se ne zasniva radni odnos, na neosnovan način koristi termin poslodavac i zaposleni, jer nije riječ o radnom odnosu, te je preciznije koristiti termin za poslodavca-naručilac posla, a za zaposlenog izvršilac ili poslenik.³ I sudska praksa stoji na stanovištu, da lica angažovana iz posebnih vrsta ugovora kojima se ne zasniva radni odnos, uživaju status izvršioca posla, a ne zaposlenog: *“Lice koje sa poslodavcem zaključi posebne vrste ugovora, kao*

³ Dušan Paravina, Radno pravo, Službeni glasnik, Beograd 1998, str. 20.

*na primjer ugovor o privremenim i povremenim poslovima, nema status zaposlenog, već status izvršioca.*⁴

Međutim, anglosaksonsko pravo, pojam zaposlenog tumači veoma široko, pa se pod ovim licem smatra pojedinac koji je zasnovao radni odnos i stupio na rad na osnovu ugovora o radu kojim su precizno definisana međusobna prava i obaveze ugovornih strana ili bilo kojeg drugog ugovora, bez obzira na formu u kojoj je ugovor sačinjen i bez obzira da li se pojedinac obavezuje da radi ili obavlja lično usluge za drugu ugovornu stranu.⁵ Slijedom ovog stava, došli bi do zaključka koji bi vodio ka izjednačavanju položaja radnika iz ugovora o radu i drugih oblika rada kojim se ne zasniva radni odnos.

Kao jedan od ključnih kriterijuma za razgraničenje radnog odnosa i rada kojim se ne zasniva radni odnos uzima se subordinacija, odnosno pravna podređenost. Subordinacija u suštinskom smislu podrazumijeva da zaposleni radi u ime, za račun i pod vlašću poslodavca, koja proizilazi iz pravom priznatih ovlašćenja za organizaciju, usmjeravanje i kontrolu rada zaposlenog, kao i za njegovo disciplinsko kažnjavanje i uređivanje prava, obaveza i odgovornosti iz rada.⁶ Dakle, subordinacija je posledica činjenice da je poslodavac vlasnik kapitala, odnosno sredstava za rad, pa time i nosilac rizika uspješnog poslovanja. Za rad kojim se ne zasniva radni odnos, specifično je odsustvo subordinacije, jer je radnik slobodan da organizuje svoj rad kako želi. Pravnu podređenost kod rada kojim se ne zasniva radni odnos, ne možemo odrediti kao uniformno pravilo, dok kod rada u radnom odnosu ono je pravilo imperativnog karaktera od kojeg se ne može odstupiti. Upravo autonomnost radnika u odnosu na naručioca posla čini obelježje rada kojim se ne zasniva radni odnos, koje se reflektuje na činjenicu da lica koja su u radu kojim se ne zasniva radni odnos, nisu potčinjena naručiocu posla, a time ni njegovim disciplniskim ovlašćenjima, jer se "prodaje" uglavnom rezultat rada. Naravno, samostalnost rada kojim se ne zasniva radni odnos, ima svoje granice, koje variraju

⁴ Presuda Višeg suda u Podgorici Gž.br. 1295/17 od 09.05.2017.godine.

⁵ Robert Upex, Richard Benny, Stephen Hardy, Labour law, Oxford University press, London 2014, str. 66.

⁶ Ljubinka Kovačević, "Personalno područje primene radnog zakonodavstva – (ne) pouzdanost kriterijuma za kvalifikaciju subjekata radnopravne zaštite", Zbornik Matice srpske za društvene nauke god. LXVI broj 152 (3/2015), str. 506.

zavisno od forme angažovanja, pa tako kod ugovora o autorskom djelu, samostalnost izvršioca posla je gotovo apsolutna, dok kod ugovora o djelu postoje ograničenja, koja se manifestuju u mogućnosti naručioca posla da izda instrukcije za izradu djela i da povremenim nadzorom prati dinamiku njegove izrade.

Specifičnost rada kojim se ne zasniva radni odnos vidljiva je i u dijelu plaćenosti rada. Plaćenost u radnom odnosu se tretira kao zarada, dok u radu kojim se ne zasniva radni odnos kao naknada. Ovo razlikovanje ima praktične posledice, jer je zarada podvrgnuta ne samo obustavama po osnovu poreza, već i po osnovu doprinosa za obavezne vidove socijalnog i zdravstvenog osiguranja. Sa zaradom su izjednačena i neka druga primanja zaposlenog po osnovu radnog odnosa, kao što su naknade zarade za vrijeme godišnjeg odmora i plaćenog odsustva, što znači da ova primanja imaju pravni karakter zarade. Nasuprot ovome, primanja nezavisnih radnika nemaju tretman zarade, niti su radom kojim se ne zasniva radni odnos, konzumirane naknade za vrijeme godišnjeg odmora, plaćenog odsustva, po osnovu prekovremenog rada, ni naknada po osnovu minulog rada, a i poreske stope su različite. O činjenici da plaćenost rada van radnog odnosa, ne potpada pod isti režim plaćenosti kao rad u radnom odnosu, govori i sudska praksa: *“Među pravima lica koje je zaključilo posebne vrste ugovora, kojima se ne zasniva radni odnos nije pravo po osnovu prekovremenog rada i rada u vrijeme državnih i vjerskih praznika, kao ni naknada po osnovu minulog rada, jer je tužilac sa tuženim kao naručiocem posla ugovorio tačno određeni iznos naknade za obavljanje poslova, zbog kojih je ugovor zaključen i ispunjenjem obaveze, odnosno plaćanjem naknade za obavljeni posao iscrpljuje se odgovornost tužene kao naručioca posla.”*⁷

U konačnom, rad kojim se ne zasniva radni odnos, ne mora biti praćen ličnim izvršavanjem posla od strane izvršioca, budući da izvršilac može angažovati treće lica koje će umjesto njega obaviti sve ili dio poslova koji su predmet konkretnog ugovora. Međutim ovo pravilo ne važi za sve ugovore kojima se ne zasniva radni odnos, što posebno biva naglašeno u situacijama, kada je motiv za angažovanje određenog lica,

⁷ Presuda Višeg suda u Podgorici Gž.br. 6160/16 od 13.04.2017.godine.

njegova lična vještina, profesionalni ugled i sl.. S druge strane, kod rada u radnom odnosu, afirmiše se odnos *intuitu personae*, te je zaposleni dužan rad izvršavati lično.

Vrste ugovora o radnom angažovanju kojima se ne zasniva radni odnos

Pravo na rad je garantovano Ustavom Crne Gore (čl. 62) i podrazumijeva pravo na slobodan izbor zanimanja i zapošljavanje, na jednaku dostupnost radnih mjesta, na pravične i humane uslove rada, zatim i na zaštitu za vrijeme nezaposlenosti. Međutim, ustavni tretman prava na rad, ne nosi sa sobom obavezu države da obezbijedi zaposlenje, već više njenu prokativnu ulogu da stvara privredni ambijent koji će otvoriti široke mogućnosti ostvarivanja ovog prava.⁸

Ugovor o radu nije jedina forma ugovora kojim se regulišu odnosi povodom rada. Međutim, i pored toga važeći Zakon o radu⁹, nije posvetio posebnu pažnju u pogledu normativnog regulisanja drugih ugovora na osnovu kojih se obavlja rad. To nije primjereno, posebno jer se pogodnosti ovog tipa radnog angažovanja uglavnom ogledaju u manjem obavezivanju poslodavca-naručioca posla prema radniku.

Poznato je da je radnopravna zaštita uspostavljena sa ciljem da kroz princip pozitivne diskriminacije, anulira prirodnu nejednakost koja postoji između ugovornih strana u radnom odnosu, odnosno između poslodavca i zaposlenih. Ta nejednakost se ogleda u tome, da je poslodavac ekonomski nadmoćnija strana, koja može zloupotrijebiti svoj položaj, na način da će radniku postaviti uslove koje isti može prihvatiti ili odbiti. Upravo, da bi se radni odnosi lišili nejednakosti, radnopravnom zaštitom se uspostavljaju pravni standardi od kojih se ne može odstupiti. Dakle, norme radnopravnog zakonodavstva su u dobrom dijelu imperativnog karaktera, osim u slučaju kada se dozvoljava odstupanje, ukoliko je ono

⁸ Mladen Vukčević, Komentar Ustava Crne Gore, Univerzitet Mediteran, Podgorica, 2015, str. 177.

⁹ Zakon o radu "Službeni list CG", br. 49/2008, 88/2009, 26/2009, 26/2010, 59/2011, 66/2012, 31/2014, 53/2014, 4/2018, Podgorica, 2008 (u daljem tekstu: Zakon o radu).

povoljnije za zaposlenog. Međutim, "ignorantski" pristup Zakona o radu prema drugim oblicima obavljanja rada kojim se ne zasniva radni odnos, dovodi u praksi do zloupotreba na štetu radnika. Naime, poslodavci u praksi često pribjegavaju postupku zaključivanja ugovora kojima se ne zasniva radni odnos, što se reflektuje na ugrožavanje egzistencijalnog položaja radnika. U tom pravcu, Zakon o radu bi trebao posebno urediti sve ugovore kojima se ne zasniva radni odnos, a čije je prisustvo nesporno u praksi i to na način koji bi onemogućio poslodavce da pribjegavaju ovoj formi radnog angažovanja u slučaju ispunjenja uslova za zasnivanje radnog odnosa.

S druge strane, prihvatanje principa slobode ugovaranja, nužno nameće i pitanje, kako se danas u praksi ostvaruje sloboda ugovaranja. U velikom broju slučajeva, više ne postoji pregovaranje između učesnika obligacionog odnosa o njihovoj sadržini, već se najveći broj ovih ugovora zaključuje putem formularnih, tipskih i adhezionih ugovora ili uz korišćenje različitih oblika opštih uslova rada. Ovaj način zaključivanja ugovora, je posledica nejednakog položaja ugovarača, kao i posledica potrebe da se uprosti i ubrza samo zasnivanje obligacionih odnosa. Tipsko zaključivanje ugovora, izaziva posebnu pažnju, ukoliko uzmemo u obzir da predmet obligacionog odnosa može biti izvršavanje rada, na šta se nadovezuje činjenica da obligacioni odnosi nisu predmet radnopravne zaštite. Ove okolnosti dovedene u vezu, dopuštaju različite oblike zloupotreba u praksi, čija se zaštita može nalaziti samo u građanskopravnom zakonodavstvu sa normama koje određuju granice i sadržinu slobode ugovaranja i načine na koje se ona koristi, ostavljajući veliku slobodu ugovornim stranama za uređenje međusobnih odnosa.

Oblici rada kojim se ne zasniva radni odnos u našem pravnom sistemu, uglavnom se afirmišu kroz različite forme ugovora. Međutim, pored ugovora o radnom angažovanju kojim se ne zasniva radni odnos, posebno se treba osvrnuti na specifičan oblik rada kojim se ne zasniva radni odnos, a to je angažovanje samozaposlenih lica. Poslovi koji su obuhvaćeni samozapošljavanjem mogu biti različitog karaktera, međutim oni se u osnovi razvrstavaju u dvije grupe. Prvu grupu čine oni poslovi koji se obavljaju u radnom prostoru. Drugu grupu poslova samozaposlenih lica čine poslovi koji se vrše na

terenu, a obavljaju ih trgovački putnici, dileri i sl.¹⁰ Kao jedan od načina afirmacije samozapošljavanja, Ustav Crne Gore, predviđa slobodu preduzetništva. Ova sloboda podrazumijeva odsustvo postojanja barijera bilo koje vrste, osim onih koji se odnose na zaštitu zdravlja ljudi, životne sredine, prirodnih bogatstava i td.¹¹

Da bi se izbjegla tumačenja po kojima se rad kojim se ne zasniva radni odnos afirmiše samo kroz ugovor o privremenim i povremenim poslovima, kao i ugovor o djelu, napominjemo da se rad kojim se ne zasniva radni odnos, može ostvariti i putem ugovora o zastupanju, ugovora o posredovanju, ugovora o nalogu, ugovora komisijonu, samozapošljavanja i td.. Predmet ovog rada je ugovor o privremenim i povremenim poslovima, jer je isti legislativno obuhvaćen odredbama Zakona o radu i ugovor o djelu, s tim da je ugovor o djelu iako brisan iz Zakona o radu, značajan zbog čestog prisustva u praksi.

- Ugovor o privremenim i povremenim poslovima

Pod privremenim i povremenim poslovima, podrazumijevamo poslove koji ne spadaju u tekuće poslove poslodavca-naručioca posla, već se javljaju u toku godine s vremena na vrijeme i njihov vremenski period obavljanja je unaprijed ograničen.

Poslodavcu-naručiocu posla je data mogućnost da za obavljanje poslova, koji su po svojoj prirodi takvi, da ne traju duže od 120 radnih dana u kalendarskoj godini, može zaključiti ugovor o obavljanju privremenih i povremenih poslova sa nezaposlenim licem ili sa zaposlenim licem koje ne radi puno radno vrijeme.¹²

Ova vrsta radnog angažovanja ne podrazumijeva zasnivanje radnog odnosa, već samo odnosa koji ima radno-pravna dejstva, na šta se oslanja i sudska praksa u Crnoj Gori. U presudi Višeg suda u Podgorici navodi se: *“Iz navedenih odredaba zakona nesumnjivo proizilazi da lice koje sa poslodavcem zaključi posebne vrste ugovora o radu za*

¹⁰ Zoran Ivošević, Radno pravo, Pravni fakultet univerziteta Union, Beograd 2009, str. 91.

¹¹ Ustav Crne Gore “Službeni list CG”, br. 1/2007 i br. 38/2013-1, Podgorica, 2007, čl. 59 (u daljem tekstu: Ustav Crne Gore).

¹² Zakon o radu, čl. 163.

*obavljanje privremenih i povremenih poslova nema status zaposlenog lica, već status izvršioca...*¹³ Najčešće je riječ o sezonskim poslovima čije je trajanje kraće, ali se radi o poslovima koji se mogu ponavljati u toku jedne godine. Samo razlikovanje privremenih od povremenih poslova, nema praktične posledice, jer su obje vrste pod istim pravnim režimom. Međutim, pod privremenim poslovima podrazumijevamo povremene poslove koji se obavljaju u kontinuitetu, ali čiji je vremenski interval obavljanja kratkotrajan. S druge strane, povremeni poslovi su takođe kratkotrajni poslovi, ali se ne obavljaju u kontinuitetu, već s vremena na vrijeme.

Za ovu vrstu radnog angažovanja kaže se da je najbliža radnom odnosu, s obzirom da je njegov predmet obavljanje živog i tekućeg rada.¹⁴ Međutim, bez obzira na sličnost, postoji jasna razlika, koja se dominantno ogleda u izostavljanju primjene odredaba Zakona o radu, koji se isključivo odnose na ugovor o radu. Kod autora u uporednom pravu susrijećemo se sa "pesimističnim" shvatanjem, tj. da privremeni poslovi koliko god bili pravno kvalifikovani normativnim aktima jedne države, u praksi će uvijek imati raskorak, na štetu radnika iz ovih poslova. Ovo iz razloga jer je teško obezbijediti adekvatan nadzor nad radom, budući da i u slučaju kada ugovor reguliše status privremenih radnika na adekvatan način, praksa svjedoči da takvi akti ostaju mrtvo slovo na papiru bez realne manifestacije u praksi.¹⁵ Koliko god prednji stav održavao sliku realnosti, ne možemo se osloniti na zaključak, da sam zakon ne igra veliku ulogu u kontekstu zaštite prava radnika.

U uporednom pravu institut povremenog rada sadrži drugačija rešenja u odnosu na domaće pravo. Na primjer u njemačkom pravu, ugovorom o povremenim poslovima se zasniva radni odnos, nekad čak i na neodređeno vrijeme, jer se izvršilac posla obavezuje da stavi na raspolaganje svoje radne aktivnosti naručiocu posla, radi obavljanja rada, s tim da u momentu zaključenja ugovora nije poznato u kom periodu

¹³ Presuda Višeg suda u Podgorici, Gž.br. 84/17 od 27. 01. 2017.godine.

¹⁴ Predrag Jovanović, Radno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Novom sadu, Novi Sad 2015, str. 179.

¹⁵ Simon Deakin, Gillian S Morris, Labour law , Butterworths, London 1998, str. 192.

godine će zaposleni biti dužan taj rad izvršiti, niti koliko će taj rad trajati, odnosno radno vrijeme.¹⁶

Kao esencijalna karakteristika ove forme rada koji je prvi put u domaćem pravu uveden 1957. godine, javlja se vremensko ograničavanje trajanja ovih poslova, koje je određeno u maksimalnom trajanju od 120 radnih dana, u jednoj kalendarskoj godini, pri čemu donja granica nije određena. Od posebne važnosti je istaći, da se u rad od 120 dana uračunavaju samo radni dani, bez obzira na to koliko je trajalo radno vrijeme. Dakle, za taj period, ne računaju se radni dani u kojima lice koje obavlja privremene i povremene poslove nije radilo zbog bolesti, za vrijeme državnih i vjerskih praznika ili nekog drugog opravdanog razloga. S obzirom da u kalendarskoj godini ima oko 260 radnih dana, (ukoliko se radi o petodnevnoj radnoj nedjelji), najduže trajanje po ovom ugovoru, dopire skoro polovinu godišnjeg fonda radnih dana.

Motiv za vremensko ograničavanje trajanja ovih poslova ogleda se u činjenici da zaposleni po ovim formama ugovora, nemaju prava kao zaposleni iz radnog odnosa, poput godišnjeg odmora, naknade u slučaju odsustva zbog privremene spiječenosti za rad, sl.. Ukoliko postavimo hipotezu da ne postoji vremenski period ograničenja u pogledu trajanja ovih poslova, javio bi se širok prostor za zloupotrebe u praksi od strane poslodavaca, koje bi mogle imati za posledicu da zaposleni provedu čak i više godina na radu, a da pri tom ne ostvaruju svoja elementarna prava iz rada. Međutim, da bi se napravila jasna vremenska granica maksimalnog trajanja privremenih i povremenih poslova, treba ukazati da ovi poslovi nisu ograničeni količinom rada, što navodi na zaključak da jedno lice može raditi i duže od 120 radnih dana, jer će prelaziti sa jednog na drugi privremeni odnosno povremeni posao. Takođe, u praksi može doći do zaključivanja više uzastopnih ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova. U ovoj situaciji sudska praksa stoji na stanovištu da ni takve okolnosti ne mogu dovesti do transformacije ovog rada u radni odnos, a takav stav je zauzeo Vrhovni Kasacioni sud Srbije: *“Zaključivanjem ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova ne zasniva se radni odnos, pa isti ne može*

¹⁶ Branko Lubarda, Uvod u radno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, str. 32.

predstavljati ni rad na određeno vreme u smislu čl.30 i čl.34 Zakona o radu, zbog čega je bez uticaja činjenica što je tuženi svaki put, po isteku prethodnog takvog ugovora, zaključivao drugi ugovor, niti koliko je trajalo takvo angažovanje tužioca kod tuženog. Ovo iz razloga što rad van radnog odnosa ne može postati radni odnos na određeno vreme, a potom radni odnos na neodređeno vreme.”¹⁷ Dakle, ovim stavom se jasno zaključuje da se ugovorom o povremenim i privremenim poslovima ne zasniva radni odnos, zbog čega on ne može postati radni odnos na određeno vrijeme, a potom radni odnos na neodređeno vrijeme, posebno iz razloga što poslovi koji su predmet ovog ugovora, ne moraju biti predviđeni aktom o organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta kod poslodavca-naručioca posla.

Osim forme koja mora biti pisana, bitni elementi ovog ugovora su vrsta posla, koja se može odnositi na one poslove koji spadaju u redovne ili vanredne djelatnosti poslodavca (ali moraju biti povezani sa procesom rada direktno ili indirektno), kao i naknada za obavljeni rad. Naručilac posla, pored naknade za rad, može sa licem koje obavlja privremene i povremene poslove da ugovori i naknadu određenih troškova, kao što su naknada za ishranu u toku rada, naknada troškova prevoza, troškova odvojenog života, troškova službenih putovanja, a to u suštini zavisi od činjenice da li je takva mogućnost predviđena opštim aktom naručioca posla. Ova mogućnost javlja se kao produkt dozvoljenog odstupanja od normi heteronomnog prava ukoliko je riječ o odstupanju koje se rukovodi načelom povoljnosti za radnika.

- **Ugovor o djelu**

Ugovor o djelu je pravni posao, kojim se poslenik, obavezuje da obavi određeni posao (izrada ili opravka neke stvari ili izvršenje nekog fizičkog ili intelektualnog rada i sl.), a naručilac se obavezuje da mu za to isplati naknadu.¹⁸

Ranije je član 165 Zakona o radu, koji je brisan kasnijim izmjenama predviđao da poslodavac-naručilac posla može sa određenim licem da zaključi ugovor o djelu, radi obavljanja

¹⁷ Presuda Vrhovnog Kasacionog suda Srbije Rev2. 1153/2012 od 27.02.2013.godine.

¹⁸ Zakon o obligacionim odnosima “Sl. list CG“ br. 47/2008, 4/2011, 22/2017, Podgorica, 2008, čl. 669.

poslova koji su van registrovane djelatnosti poslodavca-naručioca posla, a koji imaju za predmet samostalnu izradu ili opravku određene stvari, odnosno samostalno izvršenje određenog fizičkog ili intelektualnog posla.

Riječ je o dvostranom pravnom poslu, koji nameće obavezu naručiocu posla da za izvršeni posao isplati naknadu u tačno određenom iznosu i u tačno utvrđenom roku, dok se poslenik obavezuje da u određenom roku obavi konkretan posao za potrebe naručioca. Najčešće se ovaj oblik pravnog odnosa afirmiše u situaciji kada naručilac posla ima potrebu za određenim fizičkim ili intelektualnim radom, koji ne spada u registrovanu djelatnost za koju/koje je registrovan. Upravo je na ovaj način Zakon o radu, ranije tretirao ugovor o djelu, te dozvoljavao naručiocu posla zaključivanje ugovora o djelu, jedino u slučaju kada se javi potreba za obavljanjem poslova koji ne spadaju u njegovu registrovanu djelatnost, odnosno za one poslove za koje ne postoje sistematizovana radna mjesta kod naručioca posla. Konciznost zakonodavca u pogledu dopuštenosti za pribjegavanjem ovom obliku radnog angažovanja, navodi na zaključak, da svaki posao koji spada u djelatnost poslodavca-naručioca posla ne može biti predmet ugovora o djelu, te u situaciji ako bi poslodavac-naručilac posla zanemario ovu zabranu, takav ugovor o djelu bi bio ništav i mogao bi se u praksi tumačiti kao ugovor o radu. U prilog iznijetom govori obrazloženje presude Okružnog suda u Valjevu, u kom se navodi: "Prema odredbi člana 126. stav 1. Zakona o radu, koji je važio u vreme kada je tužilja radila kod tuženika, a istovetnu odredbu sadrži i aktuelni Zakon o radu u članu 199. stav 1, poslodavac može, sa određenim licem, da zaključi ugovor o delu radi obavljanja poslova koji su van delatnosti poslodavca, a koji imaju za predmet samostalnu izradu i opravku određene stvari, samostalno izvršenje određenog fizičkog ili intelektualnog posla. Kako prema navedenoj zakonskoj odredbi poslodavac ne može da zaključi ugovor o delu radi obavljanja poslova koji su u delatnosti poslodavca, to u konkretnom slučaju ugovor o delu ne važi i ne proizvodi pravne posledice, jer je imao za predmet obavljanje poslova koji su u okviru delatnosti tuženika kao poslodavca. Takođe, imajući u vidu i činjenično stanje utvrđeno u prvostepenom postupku iz kojeg proizilazi da su se tužilja i zakonski zastupnik tuženika sporazumeli da je ona bila

obavezna da radi u objektu tuženika u D, obavljajući poslove iz redovne delatnosti tuženika, a da je tuženi bio u obavezi da joj uredno isplaćuje platu, što je i činio i da joj plati doprinose za penzijsko i invalidsko osiguranje, prvostepeni sud je pravilno primenio materijalno pravo kada je usvojio tužbeni zahtev tužilje i našao da je tužilja bila u radnom odnosu sa tuženim.”¹⁹ Tretiranjem ugovora o djelu na ovaj način, zakonodavac je ranije onemogućavao poslodavce da, radi izbjegavanja obaveza i troškova koji prate zasnivanje radnog odnosa, zaključuju ugovor o djelu i situacijama kada za to nema opravdanja.

Posebna pažnja je usmjerena na sprečavanje zloupotreba od strane naručioca posla, pa ovaj ugovor ne može biti pokriće za zamjenu privremeno odsutnog radnika ili u slučaju povećanja obima posla, već u tom slučaju poslodavac može zaključiti ugovor o radu na određeno vrijeme ili ugovor o obavljanju privremenih i povremenih poslova. Za razliku od privremenih i povremenih poslova, zakonodavac kod ranijeg rješenja, nije precizirao krug lica koja se mogu javiti u ulozi izvršioca posla, te ukoliko ovo normativno regulisanje dovedemo u vezu sa prirodom obligacionih odnosa, koje dominantno karakteriše slobodna volja, izvodimo zaključak da se u ulozi poslenika može naći svako fizičko lice, zaposleno na puno ili nepuno radno vrijeme zatim, nezaposleno lice, kao i korisnik starosne penzije i student, koje ima poslovnu sposobnost.

Kod ugovora o djelu akcenat je na “finalnom proizvodu”, sa kog razloga se izvršiocu posla nameću izvjesne odgovornosti za djelo, koje se bliže razrađuju odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Posao čije se izvršenje traži, ne podrazumijeva uvijek i postizanje cilja koji je imao u vidu pri zaključenju ugovora, tako će biti u onim slučajevima u kojima se obaveza poslenika, po svojoj prirodi sastoji u obavezi da uloži svoja sredstava, a ne u obavezi cilja, što se ostvaruje u slučajevima, kada se uspjeh odrađenog posla ne može predvidjeti. U svakom slučaju, riječ je o jednom konkretnom poslu, jednokratnom radu, a ne o stavljanju na raspolaganje od strane jednog lica drugome svojih fizičkih i intelektualnih

¹⁹ Presuda Okružnog suda u Valjevu Gž.br. 266/05 od 26.05.2005.godine.

sposobnosti na generalan način i duže vrijeme, kao što biva kod ugovora o radu.²⁰

Posao koji je predmet ugovora o djelu, mora biti moguć, dopušten i određen ili makar odrediv. Smatraće se da je posao odrediv, ako ugovor sadrži podatke pomoću kojih se može odrediti ili ako su stranke ostavile trećem licu da ga odredi.²¹ Dakle, preuzeti posao od strane poslenika ne smije biti u suprotnosti sa prinudnim pravnim propisima ili moralnim imperativima, tj. ne smije biti u suprotnosti sa javnim poretom

I na kraju, ugovor o djelu mora biti zaključen u pisanoj formi, s tim da se prilikom utvrđivanja sadržine istog mora obratiti pažnja na norme sadržane u Zakonu o obligacionim odnosima, jer on kao izvorni propis detaljnije obrađuje ovaj tip ugovora i nudi sadržajnije rješenja koja oslikavaju suštinu ugovora o djelu.

- **Razgraničenje ugovora o radu i ugovora o radnom angažovanju kojima se ne zasniva radni odnos**

Razgraničenje radnog odnosa od nekih pravnih odnosa građanskog prava, u kojima je predmet takođe rad ljudi, ima svoju naučnu i praktičnu vrijednost. Prevažodno, na ovaj način se određuje predmet zaštitnog djelovanja radnog zakonodavstva. Upravo u ovoj činjenici leži prva i temeljna razlika između rada u radnom odnosu i rada kojim se ne zasniva radni odnos.

Aktuelnost razgraničenja rada u radnom i van radnog odnosa vidljiva je u Ustavu Crne Gore. Ustav, jemči pravo na rad u skladu sa zakonom i daje mogućnost svakom pojedincu mogućnost slobodnog izbora rada. Pravo na rad garantuje se svakom pod jednakim uslovima i svako ima pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu, bezbjedne i zdrave uslove rada, potrebnu zaštitu na radu, ograničeno radno vrijeme, dnevni i nedeljni odmor, plaćeni godišnji odmor, pravičnu naknadu za rad i na pravnu zaštitu za slučaj prestanka radnog odnosa. Ustav posebno naglašava da se ovih prava niko ne može odreći, budući da bi se u praksi javio

²⁰ Slobodan Perović, Obligaciono pravo, Namos, Beograd 2008, str. 25-26.

²¹ Dragoslav Veljković, Ranko Vukić, Obligaciono pravo kroz komentar Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore, Podgorica 2012, str. 1373.

prostor za zloupotrebe poslodavaca koji bi zahvaljujući svojoj ekonomskoj nadmoći latentnim putem doveli do stvaranja fiktivne volje zaposlenih koja bi imala za posledicu odstupanja od ovih prava. Ustav posebno štiti žene, omladinu, invalide na način što ova lica svrstava u posebnu kategoriju propisujući posebnu zaštitu na radu.²²

Međutim, da bi se konkretizovale sve razlike između radnog odnosa i rada kojim se ne zasniva radni odnos, neophodno je komparativnom metodom obraditi ugovor o radu i ugovore kojima se ne zasniva radni odnos.

U prvom redu ističe se odnos ugovora o radu i ugovora o privremenim i povremenim poslovima, prema kome lica u privremenim i povremenim poslovima ne uživaju prava koja su ekskluzivno garantovana radnicima u radnom odnosu, poput prava na godišnji odmor, regres, plaćeno odsustvo, otpremninu i sl.. Specifičnost privremenih i povremenih poslova, najprije se ogleda u njihovom maksimalnom trajanju koje je zakonodavac postavio na 120 radnih dana. Ograničenje u pogledu maksimalnog trajanja nije predviđeno za ugovor o radu, već njegovo trajanje može biti utvrđeno na određeno ili neodređeno vrijeme, s tim da u slučaju zaključenja ugovora o radu na određeno vrijeme nema ograničenja u vidu maksimalnog trajanja od 120 dana. Dalje, prilikom zaključenja ugovora o radu, u aktu o organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta kod poslodavca mora se predvidjeti radno mjesto za to lice, dok kod privremenih i povremenih poslova, radno mjesto koje pokriva izvršilac posla ne mora aktom o organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta biti definisano. Zaposleni po ugovoru o radu, obavlja poslove iz okvira registrovane djelatnosti poslodavca, dok kod ugovora o privremenim i povremenim poslovima to mogu biti i poslovi van registrovane djelatnosti poslodavca-naručioca posla, odnosno poslovi koji su indirektno povezani sa primarnom djelatnošću poslodavca-naručioca posla.

U odnosu na ugovor o djelu, razlika je evidentna prvobitno u pogledu režima subordinacije. Kod ugovora o radu, zaposleni je dužan da lično izvršava rad za poslodavca, pod kontrolom poslodavca u pogledu mjesta rada, radnog vremena i neposrednog izvršavanja rada, kao i disciplinskih ovlašćenja poslodavca, dok, kod ugovora o djelu poslenik izvršava

²² Ustav Crne Gore, čl. 64.

samostalno rad, pri čemu ne mora uvijek da lično izvršava rad. Poslenik radi samostalno i nezavisno od poslodavca-naručioca posla, radi za svoj račun i na svoj rizik, sam određuje radno vrijeme, mjesto rada i sl.. Kod ugovora o djelu, naručilac posla može zahtijevati povremeni nadzor nad dinamikom rada poslenika, međutim taj nadzor nije svakodnevni, već je opravdan zainteresovanošću naručioca za izvršenje posla u određenom roku.²³ Ipak u praksi se susriječemo sa slučajevima, u kojima naručilac posla daje vrlo precizne instrukcije za rad, što dodatno otežava povlačenje demarkacione linije između ugovora o radu i ugovora o djelu. Moguće rešenje ovog problema nudi "sudska praksa francuskog Kasacionog suda, u kojoj je potvrđeno da ugovor o djelu ovlašćuje naručioca posla da izdaje (samo) opšte smjernice za obavljanje posla i da određuje cilj koji poslenik treba da ostvari, tako da je posleniku ostavljena sloboda da samostalno odlučuje o načinu obavljanja posla. Nasuprot tome, iz ugovora o radu izvire pravo poslodavca da izdaje naloge i uputstva koji se neposredno odnose na izvršavanje poslova, tako da zaposleni, po pravilu, nema slobodu izbora načina na koji će obavljati poslove za poslodavca."²⁴ Međutim, pored subordinacije, kao valjan kriterijum može se uzeti izvršavanje posla. Izvršavanje posla kao osnovna obaveza poslenika i zaposlenog, nema isti pravni režim, s obzirom da se poslenikova obaveza ne podrazumijeva kao obaveza zaposlenog da na jedan opšti način, stavi svoje radne sposobnosti na raspolaganje poslodavcu. Takođe, zaposleni u ugovoru o radu je uvek zavistan od poslodavca u pogledu metoda i sredstava za izvršenje rada. Kod ugovora o djelu, naknada nema pravni karakter zarade u smislu propisa radno-socijalnog i poreskog zakonodavstva. Ugovor o djelu se ne može zaključiti za djelatnost koja spada u redovne poslove poslodavca, prema domaćem pravu, dok se ugovor o radu zaključuje upravo za poslove koje spadaju u djelatnost poslodavca. U ulozi zaposlenog po ugovoru o radu nalazi se fizičko lice dok kod ugovora o djelu izvršilac posla može biti pravno lice.

²³ Branko Lubarda, Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, str. 137.

²⁴ Ljubinka Kovačević, Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, str. 91-92.

U pogledu prava i obaveza po osnovu ovog rada vidljive su posledice u dijelu primjene zaštitnog karaktera radnog zakonodavstva, pa tako, poslenik nema prava na odmor u toku rada u smislu pauze na radu u trajanju od najmanje 30 minuta, nema pravo na regres, topli obrok, godišnji odmor, plaćeno odsustvo i sl.. U literaturi se razgraničenje ugovora o djelu i ugovora o radu, jasno prikazuje kroz obilježja ugovora o djelu, budući da su “opšta obilježja ugovora o djelu: 1) da je u pitanju rad za drugoga, a ne u službi drugoga; 2) da poslenik sam organizuje posao i radi na svoj lični rizik i račun; 3) da svoje poslove obavlja onako kako odgovara vještini zanata, a ne po nalogu poslodavca-naručioca posla; 4) da prima nagradu, a ne zaradu; 5) posao obavlja u korisnom, a ne propisanom radnom vremenu; 6) u radnom odnosu postoji učešće radnika u internoj organizaciji rada kod poslodavca, putem donošenja autonomnih akata, solidarnosti i sl.; 7) odnos u radnom odnosu karakteriše kontinuitet, dok kod ugovora o djelu odnos traje dok se ne izvrši djelo i 8) razlike u vezi sa rizikom, jer je poslenik taj koji snosi rizik svog rada, a zaposleni je zaštićen od ovog dijela na ličnom planu.”²⁵

Takođe, u literaturi je prisutan kriterijum trajanja ugovora o radu i ugovora o djelu, kao mjerilo za razgraničenje. Taj kriterijum treba shvatiti pod rezervom, budući da on ne može biti “relevantan indikator” za jasno razgraničenje, jer se prema njemu ugovor o radu doživljava, kao jedan trajniji odnos, dok se ugovor o djelu smatra kao odnos privremenog karaktera.

- **Razlika u sudskoj zaštiti prava iz rada kojim se zasniva radni odnos i rada kojim se ne zasniva radni odnos**

Razlika između rada u radnom odnosu i rada kojim se ne zasniva radni odnos, vidljiva je i u dijelu sudske zaštite prava po osnovu ovih odnosa. Uopšteno pravilo je da se prava u oba slučaja štite po pravilima parničnog postupka, ali, kada je riječ o zaštiti prava iz radnog odnosa, došlo je do specijalizacije parničnog postupka. Tako se pored opštih pravnih načela parničnog postupka, primjenjuju i neka

²⁵ Nikola Tintić, Radno i socijalno pravo, Knjiga prava Radni odnosi (I), Narodne novine, Zagreb 1969, str. 661 – 663.

posebna pravila koja, između ostalog, uključuju: obaveznu fazu mirenja, posebna pravila o teretu dokazivanja koji po pravilu pada na poslodavca, određivanje privremenih mjera, kraći rok za izjavljivanje žalbe, kraći pracioni rok. Postupak u radnim sporovima, karakteriše načelo hitnosti, koje je biliže afirmisano kroz odredbe Zakona o parničnom postupku. U sporovima iz radnih odnosa koje pokreće zaposleni protiv odluke o prestanku ugovora o radu, ročište za glavnu raspravu mora se održati u roku od 30 dana od dana održavanja pripremnog ročišta. U tom pravcu je i ustanovljen direktivni rok od šest mjeseci za pravosnažno okončanje radnog spora pred nadležnim sudom. Ograničenja, nisu postavljena samo pred prvostepenim sudom, već i u slučaju drugostepenog postupka, pa je drugostepeni sud dužan odlučiti u roku od šezdeset dana od dana prijema spisa predmeta. Rok za podnošenje žalbe iznosi osam dana, isto kao i rok po presudi kojom se nalaže izvršenje određene činidbe, dok je revizija uvijek dozvoljena u sporovima o zasnivanju, postojanju i prestanku radnog odnosa, bez obzira na vrijednost spora.²⁶

Pored kraćih rokova, za preduzimanje procesnih radnji, kako od strane suda, tako i od strane učesnika u postupku, specifičnost u parnicama iz radnih odnosa, ogleda se u naglašenosti oficijelnih ovlašćenja suda. Pa tako sud može u toku postupka po službenoj dužnosti odrediti privremene mjere koje se primjenjuju u izvršnom postupku, radi sprječavanja nasilnog postupanja ili radi otklanjanja nenadoknadive štete.²⁷

U praksi smo svjedoci činjenice da radni sporovi često traju duže od direktivnog roka, posebno u situacijama kada dolazi do ukidanja prvostepenih odluka. Takođe, mirenje predstavlja fazu postupka na koju se stavlja poseban akcenat, međutim, nametanje ove obaveze nije zaživjelo u praksi, jer se u rijetkim slučajevima spor okončava mirnim putem. U dijelu pokretanja postupka, važe ista pravila kao i u opštem parničnom postupku, pa se spor pokreće na inicijativu zaposlenog-izvršioca posla podnošenjem potpune i

²⁶ Zakon o parničnom postupku, "Službeni list RCG", br. 22/2004, 28/2005, 76/2006, 47/2015, 48/2015, 51/2017 i 75/2017, čl. 433-438 (u daljem tekstu: Zakon o parničnom postupku).

²⁷ Zakon o parničnom postupku, čl. 435.

blagovremene tužbe. Takođe, treba naglasiti specifičnost kategorije zaposlenih državnih službenika i namještenika, gdje se zaštita prava ostvaruje po pravilima upravnog postupka i eventualno upravnog spora, osim u slučaju naknade štete.

Kada je riječ o toku glavne rasprave, važe ista pravila kao i za ostale parnične postupke, s tim da odstupanja postoje u dijelu pravila o teretu dokazivanja. Naime, uobičajno je pravilo da je teret dokazivanja na onoj strani koja nešto tvrdi, međutim kod radnih sporova koji se odnose na diskriminaciju i zlostavljanje na radu, teret dokazivanja se prebaca na poslodavca, ukoliko zaposleni učini vjerovatnim postojanje diskriminacije odnosno zlostavljanja. U dijelu okončanja sudskog postupka, sud je vezan tužbenim zahtjevom, odnosno ne može tužiocu dosuditi više prava od onog što je isti tužbom zahtijevao. Takođe, shodno Zakonu o sudskim taskama, sporovi po osnovu radnog odnosa, ne podliježu sudskom taksiranju.

Zaključna razmatranja

U cilju borbe protiv sive ekonomije, siromaštva i nezaposlenosti, čovječanstvo kao novu civilizacijsku tekovinu uvodi fleksibilnost radnih odnosa. To dovodi do pojave radnih angažovanja koja ne potpadaju pod zaštitu radnopravnog zakonodavstva, čije su norme imperativnog karaktera i koje su snabdjevene snagom državnog intervencionizma.

Iako se može reći, da motiv za uvođenje ovih oblika radnog angažovanja nije bio vođen vizijom izigravanja radnog zakonodavstva, već potrebom da se kroz fleksibilnost rada napravi most, kojim će se skratiti put od nezaposlenosti do zasnivanja radnog odnosa, trenutno faktičko stanje ide u prilog ocjeni da radnici ostaju zarobljeni u tzv. međustatusu, sa izrazito niskim naknadama, manjim obimom prava i sredstvima zaštite. Iskustva govore da rad van radnog odnosa više postaje praksa nego izuzetak, a da se nerijetko u tom cilju ukidaju klasična radna mjesta, kako bi se smanjili troškovi poslovanja za poslodavce, kao ekonomski nadmoćnije strane.

Iz tih razloga treba mijenjati zakonska rješenja, kako bi se spriječila mogućnost da rad u radnom odnosu i rad van radnog odnosa postanu dvije ravnopravne antiteže po pitanju zastupljenosti u praksi, a koje će u krajnjem dovesti do

destrukcije radnog prava i gubitka radnopravnog zaštitnog karaktera. Ta potreba je naročito vidljiva kod ugovora o radnom angažovanju kojima se ne zasniva radni odnos, gdje je u praksi često zastupljeno fiktivno pribjegavanje ovim oblicima rada, dok se u realnom, latentno odvija rad koji mora potpasti pod radni odnos.

Potreba za nadzorom nad radom kojim se ne zasniva radni odnos, ne treba da navede na zaključak da se ovaj rad treba iskorijeniti, naprotiv, rad kojim se ne zasniva radni odnos, predstavlja potrebu društva, posebno u vremenu pluralizma vlasništva, s tim da treba spriječiti zloupotrebu ovog rada u cilju smanjenja troškova poslodavaca. Dakle, treba obezbijediti stvarnu autonomiju radnika u radu kojim se ne zasniva radni odnos i spriječiti potencijalnu transformaciju u zavisnog radnika, koji ne uživa prava iz radnog odnosa.

Potreba za radom kojim se ne zasniva radni odnos je nesporna, ali je treba shvatiti na pravi način. Odnosno rad kojim se ne zasniva radni odnos, nije usmjeren protiv postojećeg sistema sigurnosti zapošljavanja, koji je aktuelan pod krovim – Zakonom o radu, već rad kojim se ne zasniva radni odnos se javlja kako bi se obezbijedio korak sa vremenom, koje karakteriše kretanje kapitala. U tom vremenu, sigurnost zaposlenja se žrtvuje, ali ne bezuslovno, već u cilju obezbjeđenja brže zapošljivosti. Upravo ovaj pravac najviše pogađa radnike, na način da im se smanjuje obim prava, i iz tog razloga radnicima treba pružiti potrebnu zaštitu, te u tom pravcu treba izuzeti aktuelni stav brisanja odredbi kojim se uređuje rad kojim se ne zasniva radni odnos iz Zakona o radu, kakav slučaj je bio sa ugovorom o djelu, a sve u cilju spriječavanja potencijalne zloupotrebe od strane poslodavca.

Ukupno, Zakon o radu ne prati promjene u društvu u dijelu rada kojim se ne zasniva radni odnos, jer tendencija brisanja pojedinih članova, koji se bave pitanjem rada kojim se ne zasniva radni odnos sa zaštitinim ciljem, nije poželjna, jer potencijalno može dovesti do deregulacije, koja bi najmanje odgovarala radnicima. Razvijanje takvog stava prema radu kojim se ne zasniva radni odnos, imalo bi za posledicu nepredvidivost ponašanja između poslodavaca-naručioca posla i radnika, što bi bilo pogubno, jer bi se subjekti rada kojim se ne zasniva radni odnos izuzeli iz sankcija i onako skromnog zaštitnog domašaja radnog zakonodavstva. Nasuprot

trenutnom pristupu, regulaciji rada kojim se ne zasniva radni odnos, treba pristupiti kroz bližu legislativnu obradu, koja će uvažiti sve vrijednosti ove vrste rada, a sve u cilju adekvatnog prihvatanja, ovog režima rada, kao realne pojave.

Kao ključ za realizaciju ovog cilja, treba promijeniti Zakon o radu putem direktnijeg odnosa rada u radnom i van radnog odnosa, koji se može afirmisati kroz precizno normativno uređenje radnog odnosa i rada kojim se ne zasniva radni odnos. Dakle, treba pristupiti preciznom definisanju rada van radnog odnosa kroz njegova bitna obelježja u Zakonu o radu, koji bi istovremeno predstavljao mjerila za jasno klasifikovanje rada u radnom i van radnog odnosa. Takođe, u tom pravcu stoje nam na raspolaganju razni načini i zabrane, koje zakon može propisati, kako bi se spriječilo zaključivanje ugovora kojima se ne zasniva radni odnos, kada za to nisu ispunjeni uslovi. U postupku donošenja novog Zakona o radu, treba iskoristiti priliku i napraviti svojevrsan zaokret koji bi podrazumijevao preuzimanje aktivne uloge u pravcu regulacije rada kojim se ne zasniva radni odnos.

Na kraju, legislativa nije krajnje sredstvo kojim se treba stati na put mogućim zloupotrebama rada, već država treba obezbijediti efikasan i efektivan državni aparat, koji će kroz inspekcijske i slične postupke, omogućiti doslednu primjenu legislative u praksi i na taj način uslovno rečeno poslodavcima "vezati ruke" i onemogućiti ih u vršenju zloupotreba u koje imaju za cilj kapitalizaciju ličnih dobara, na uštrb socijalne sigurnosti. Jer, kako je Monteskje govorio: "*Pravo određuje granice koje interes ne može prekoračiti.*" U konačnom, treba podstaći radnike i poslodavce da kroz ostvarivanje kolektivnih prava, posebno kolektivnog pregovaranja, spriječe moguće zloupotrebe.

mr Ivan JEKNIĆ¹

**DOBRO UPRAVNO POSTUPANJE JAVNIH SLUŽBENIKA U
CRNOJ GORI I EVROPSKOJ UNIJI
– Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne
Gore i Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja**

Ovaj rad istražuje osnovne koncepte i principe sadržane u ideji dobrog upravnog postupanja javnih službenika u Crnoj Gori i u institucijama Evropske unije. Analiziraju se i upoređuju odredbe centralnih pravnih akata iz oblasti dobrog upravnog postupanja, ali i odredbe ostalih važnih pravnih akata u Crnoj Gori i Evropskoj uniji koji se tiču ovog koncepta. Njihovim upoređivanjem stičemo uvid u nedostatke u pravnim rješenjima Crne Gore u odnosu na Evropsku uniju, i dolazimo do zajedničkih pravnih principa bez kojih se ne može zamisliti ideja dobrog upravnog postupanja. Pored navedenog, ovaj rad istražuje i organe nadležne za primjenu tih pravila i principa, kao i njihovu praksu.

Uvodna razmatranja

Dobro upravno postupanje javnih službenika je ideja koja se već nekoliko decenija razvija u pravnim tekovinama Evropske unije. Ona predstavlja jedan ključni segment odnosa između građana i uprave i ima veliki uticaj na uspješno vršenje javnih službi² od strane država. Takva ideja teško može zaobići i Crnu Goru, kao državu kandidata za članstvo u EU. Naime, na koji način trebaju da se ponašaju zaposleni u organima javne uprave? Šta je za građane prihvatljivo, odnosno najbolje ponašanje službenika sa kojima dolaze u kontakt?

Za građane nije dovoljno da službenici prosto postupaju prema zakonu, odnosno da prime njihove zahtjeve kojima žele

¹ Autor je saradnik u nastavi na Fakultetu političkih nauka Univerziteta Crne Gore na pravnoj grupi predmeta. Kontakt: ivan.jeknic@gmail.com

² Vidjeti: Duguit, Léon, Les transformations du droit public, Librairie Armand Colin, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q/f8.image> (datum pristupa 14. 06. 2018.).

ostvariti svoja zakonska prava. Posebno ne ako su službenici u interakciji sa njima grubo, nepažljivi ili nepristojni. Službenici predstavljaju državu, zaštitnika i čuvara koji služi (ili bi trebao da služi) svim građanima, i moraju imati to u vidu kada razgovaraju sa građanima. Građani to i očekuju od njih. Službenici moraju postupati savjesno, razumno i blagovremeno, i u svim razgovorima i prepiskama sa građanima pokazati izuzetne standarde ponašanja, odnosno primjerenosti, pristojnosti i kulture, čak i kada nema posebnih zakonskih propisa o svemu tome. U tome se ogledaju osnovne ideje pojma dobrog upravnog postupanja koje postoje kod svih građana.

Dobro upravno postupanje

Kao kandidat za članstvo u Evropskoj uniji, Crna Gora nastoji da prilagodi i reformiše svoj pravni sistem i javnu upravu radi poboljšanja i unapređenja javnih službi, vladavine prava i demokratije, sve u javnom interesu. Jedan važan segment tih reformi jeste i ideja dobrog upravljanja³, odnosno princip dobrog upravnog postupanja⁴, njegovo pravno uređenje i primjena. Ne može se kazati da nije bilo vidljivih reformi u pravcu razvoja ovog principa u Crnoj Gori, pa se s tim u vidu i postavlja sledeća hipoteza čiju je utemeljenost neophodno istražiti:

Pravna regulativa Crne Gore u oblasti dobrog upravnog postupanja javnih službenika je u velikoj mjeri harmonizovana sa pravnom regulativom Evropske unije u ovoj oblasti.

Cilj ovog istraživanja je da utvrdi u kojoj mjeri je zakonodavstvo Crne Gore prilagodjeno legislativi EU u regulisanju načela dobrog upravnog postupanja javnih službenika kroz analizu dva centralna objedinjujuća pravna

³ Addink, G. H., Good Governance in the EU Member States, Universiteit Utrecht, Utrecht 2015, strana 44.

⁴ Pojmovi dobrog upravljanja i dobrog upravnog postupanja su skoro u potpunosti istovjetni i ne postoji značajna razlika između njih u praksi. Sa druge strane, izraz dobro upravljanje (ili dobra uprava) se može odnositi na način obavljanja upravne djelatnosti sa aspekta organa javne uprave u cjelini, a dobro upravno postupanje sa aspekta individualnog službenika – njihovog ponašanja i načina vršenja poslova (uključujući i postupanje po zahtjevu stranke, vođenje upravnog postupka i donošenje odluke u upravnoj stvari).

akta jednog i drugog pravnog sistema, sa osvrtom i na druge relevantne pravne akte.

Ideja dobrog upravnog postupanja je izuzetno širok pojam, stoga je jako teško u jednom pravnom principu obuhvatiti sva neophodna prava i obaveze koje se tiču ovog pojma. Takodje, neke koncepte iz ovog principa, iz praktičnih razloga, nije moguće do kraja pravno urediti, niti bi trebalo⁵. Ipak, imajući u vidu ulogu i važnost javne uprave u jednoj zajednici, javlja se snažna potreba i očigledan javni interes da se uredi način obavljanja aktivnosti uprave i njenih službenika⁶ na jedan neposredan način.

Dobro upravno postupanje, dobro upravljanje ili dobra uprava⁷ jesu pravni principi koje nije lako definisati i opisati. Postoji jako veliki broj pravila, prava, obaveza i ideja koje mogu ili trebaju biti obuhvaćeni principom dobrog upravnog postupanja. U svojoj suštini, princip dobre uprave, odnosno dobrog upravnog postupanja, jeste dužnost organa javne uprave da djeluju u skladu sa legitimnim očekivanjima građana. Zanimljivo je da, iako je teško odrediti konkretnu sadržinu ovog principa, vrlo lako se uočava njegov nedostatak u upravnoj djelatnosti jedne države.⁸ Taj nedostatak predstavlja pojavu loše uprave (*maladministration*⁹).

Prema tome, dobro upravno postupanje ne može biti ograničeno na prosto djelovanje u skladu sa zakonima¹⁰. Ovaj princip takodje obuhvata i visok stepen integriteta, efikasnost, iskrenost i otvorenost javnih službenika koji primjenjuju te zakone. Načela dobre uprave i dobrog upravnog postupanja mogu da budu uređena pravno obavezujućim aktima, ali je

⁵ Poput ljubaznosti, kulture, pristojnosti i primjerenosti službenika u komunikaciji sa strankom – ideja koje je teško definisati u praksi i u svakoj individualnoj situaciji. Vidjeti: Davinić, Marko, *Evropski ombudsman i loša uprava (Maladministration)*, Zaštitnik građana, Beograd 2013., strane 114 i 115.

⁶ Pojam javnih službenika odnosi se na sve zaposlene u organima javne uprave koji vrše upravnu djelatnost ili vezane poslove. Vidjeti: Lilić, Stevan, *Upravno pravo Crne Gore*, CID, Podgorica 2012, strane 40, 46 47 63, 129, 130, 167 i 168.

⁷ O nekim teorijskim razlikama između ovih termina vidjeti: Addink, G. H., op. cit., strana 44; Mendes, Joana, *Good Administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behaviour*, European University Institute, Florence 2009, strane 3 - 5.

⁸ Davinić, Marko, op. cit., strana 107.

⁹ Pristrasnost, nepažljivost, nestručnost, nezakonitost (i sl.) u postupanju uprave. Vidjeti: *ibid.*, strane 100 - 106.

¹⁰ Legality and (...) beyond legality. Navedeno prema: Mendes, Joana, op. cit., strana 6.

apsolutno neophodno da budu dopunjena i mekim pravom. Zbog njihove prirode, neka pravila i načela dobrog upravnog postupanja najčešće nalazimo upravo u aktima mekog prava, kao dopunom zakona.¹¹

- **Dobro upravno postupanje u Evropskoj uniji**

Princip dobrog upravljanja u Evropskoj uniji je prevashodno utemeljen u Povelji o osnovnim pravima EU. U samoj Povelji, ovaj princip nosi naziv pravo na dobru upravu¹² i obuhvata nekoliko prava i obaveza. Naime, svako lice ima pravo da se o njegovom predmetu pred institucijama EU rješava nepristrasno, pravično i u razumnom roku. Ovo pravo podrazumijeva obavezu institucije EU da obrazloži sve svoje odluke, obavezu saslušanja lica prije preduzimanja nepovoljnih ili potencijalno nepovoljnih mjera, kao i pravo tog lica na pristup svojim spisima. Svako lice ima pravo da se pisanim putem obrati instituciji EU na jednom od službenih jezika Unije, a ta institucija je obavezna da na istom jeziku dostavi i odgovor. I konačno, institucija EU je dužna da nadoknadi svaku štetu koju ona ili njen službenik nanese u toku obavljanja svojih dužnosti.¹³

Načela dobrog upravnog postupanja nalazimo i u odredbama osnivačkih ugovora EU. Prije svega, institucije, tijela, kancelarije i agencije EU se u vršenju svojih zadataka iz svoje nadležnosti oslanjaju na otvorenu, efikasnu, i samostalnu evropsku upravu. Nadalje, utvrđuje se transparentnost njihovog rada, slobodan pristup dokumentima u njihovom posjedu, zaštita podataka o ličnosti koje obradjuju, kao i dužnost obrazloženja donijetih pravnih akata.¹⁴

Druga prava i obaveze iz oblasti dobrog upravnog postupanja nalazimo u raznim uredbama, direktivama, odlukama institucija EU. Jedna od njih je i Regulativa br. 31 (EEC), 11 (EAEC) koja ustanovljava Pravilnik o osoblju Evropske unije i Uslove zapošljavanja drugih službenika Evropske unije. Regulativa je donijeta 1962. godine, ali je

¹¹ Davinić, Marko, op. cit., strane 107, 108, 114, 115, 293 i 294. To se odnosi prevashodno na ljubaznost, profesionalnost, pristojnost i sl.

¹² Mendes, Joana, op. cit., strane 1 -3.

¹³ Charter of Fundamental Rights of the European Union, Official Journal of the European Union C 326/391, 26.10.2012, član 41.

¹⁴ Davinić, Marko, op. cit., strana 110.

nakon stupanja na snagu doživjela veliki broj izmjena (poslednja izmjena Regulative je bila 2014. godine).¹⁵ Osim navedenog, o problemima iz oblasti dobrog upravnog postupanja često odlučuje i Evropski sud pravde.¹⁶ Na taj način, kroz praksu Evropskog suda pravde, neka načela dobrog upravnog postupanja postala su obavezna pravila rada za institucije EU u obavljanju njihovih djelatnosti¹⁷.

Pored navedenih akata, Evropski ombudsman je 2012. objavio niz etičkih normi koje bi trebale da se primjenjuju u djelatnostima javne uprave EU, odnosno njenih institucija. One su formulisane u pet načela javne službe¹⁸ kojima se trebaju voditi službenici EU: posvećenost EU i njenim građanima, integritet, objektivnost, poštovanje drugih i transparentnost. Ova načela imaju za cilj da dopune postojeća pravila o dobrom upravnom postupanju i da služe kao smjernice službenicima EU u donošenju odluka i ophodjenju prema strankama, ali i Evropskom ombudsmanu u utvrđivanju slučajeva loše uprave u aktivnostima institucija EU.¹⁹ Ipak, najznačajniji akt iz oblasti dobrog upravnog postupanja, čijem je donošenju i sadržini značajno doprinio tadašnji Evropski ombudsman²⁰, jeste Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja.

- **Dobro upravno postupanje u Crnoj Gori**

Kao u Evropskoj uniji, i u Crnoj Gori je na snazi veliki broj zakona i akata koji sadrže odredbe koje se odnose na dobro upravno postupanje, i donijete su brojne sudske presude u predmetima koji se tiču ovog principa. Jedni od

¹⁵ Regulation No 31 (EEC), 11 (EAEC), laying down the Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community, Official Journal of the European Community 45 od 14.6.1962., strana 1385.

¹⁶ Addink, G. H., op. cit., strane 136 i 138.

¹⁷ Zabrana diskriminacije, postupanje u razumnom roku, auditur et altera pars, pravna sigurnost, legitimna očekivanja građana i drugi. Vidjeti: Davinić, Marko, op. cit., strane 110 i 111.

¹⁸ European Ombudsman, Public Service Principles for the EU Civil Service, European Union 2012, strane 1 -8.

¹⁹ European Ombudsman, The European Code of Good Administrative Behaviour, <https://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/code.faces#> (datum pristupa: 04.04.2018.), European Union 2015, strane 3, 8 -11.

²⁰ Davinić, Marko, op. cit., strane 112 i 113.

najvažnijih jesu Ustav Crne Gore²¹ i novi Zakon o državnim službenicima i namještenicima²². Novi Zakon o državnim službenicima i namještenicima počeo je sa primjenom od 01.07.2018. godine i uređuje prevashodno prava i obaveze zaposlenih u državnim organima, ali u nekoliko članova utvrđuje i način njihovog pravilnog (dobrog) postupanja u obavljanju svojih poslova, odnosno poslova iz nadležnosti državnog organa.²³ Između ostalog, jedna od tih odredbi propisuje dužnost javnih službenika u Crnoj Gori da se u obavljanju svojih poslova pridržavaju Etičkog kodeksa državnih službenika i namještenika.²⁴

Posebno mjesto u domaćoj teoriji upravnog prava ima ideja službeničke etike²⁵. Ukratko, službenička etika se odnosi na ponašanje i postupanje službenika prema građanima, prema svom poslu (savjesnost), prema drugim zaposlenima u organu javne uprave (kolegijalnost), prema poslu koji obavljaju (savjesnost), kao i prema politici i društvu²⁶ u kojem živi.²⁷ U tom smislu, službenici javne uprave trebaju da pokažu visoke standarde ponašanja: dobro, pravedno, pravično, odgovorno, savjesno, humano, ravnopravno, pošteno, stručno vršenje upravne djelatnosti. Na ovaj način se smanjuje već tradicionalno nepovjerenje građana prema birokratskim organizacijama. Takodje, kada službenici bolje postupaju prema građanima, i sami građani postaju aktivniji i više otvoreni za saradnju sa javnom upravom u cilju ostvarivanja djelatnosti javnih službi. Uspostavljanje kodeksa službeničke etike, odnosno dobrog upravnog postupanja, je prvi korak u prevenciji neetičkog i nezakonitog postupanja službenika. Službenička etika je normativni sistem, ali on ne nastaje odjednom, ili prostom kodifikacijom. To je sistem pravila oblikovan dugogodišnjom empirijom i praksom. On se neprekidno mijenja i razvija, prateći društveni razvoj i odnose

²¹ Ustav Crne Gore, Službeni list Crne Gore broj 01/07 od 25.10.2007. godine.

²² Zakon o državnim službenicima i namještenicima, Službeni list Crne Gore, br. 2/2018" od 10.1.2018. godine.

²³ Ibid., članovi 5, 6, 7, 8, 9, 71, 74, 76, 77, 93, 94, 114, 119 i 170.

²⁴ Ibid., član 6.

²⁵ Službenička etika predstavlja skup društvenih pravila koje lica usvaja kao lični kriterijum ponašanja imajući u vidu svoj položaj javnog službenika. Vidjeti: Pusić, Eugen, Nauka u upravi, Školska knjiga, Zagreb 2002., strana 247.

²⁶ Ibid., strane 247 – 245.

²⁷ Lilić, Stevan, op. cit., strana 36.

u njemu.²⁸ Prema tome, ona je usko povezana sa konceptom dobrog upravnog postupanja, što se ogleda i u nazivu primarnog akta iz oblasti dobrog upravnog postupanja u Crnoj Gori – Etičkog kodeksa državnih službenika i namještenika.

- **Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja i Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore**

Uredjenje prava i obaveza koja proističu iz principa dobrog upravnog postupanja kroz različite i raznovrsne pravne akte ukazuje na važnost ovog koncepta za ispravno funkcionisanje javne uprave. Sa druge strane, presude sudova u Crnoj Gori i Evropskog suda pravde o ovim pitanjima ukazuju na značaj samog principa u praksi.

Iz tih razloga, bilo je neophodno donijeti jedan jedinstveni akt koji bi objedinio sva (ili većinu) pravila, načela, prava i obaveze u oblasti dobrog upravnog postupanja. U Evropskoj uniji, princip dobrog upravnog postupanja je ustanovljen u Evropskom kodeksu dobrog upravnog postupanja²⁹ iz 2001. godine (u daljem tekstu: Evropski kodeks), a centralni akt u Crnoj Gori koji reguliše ovo pitanje jeste Etički kodeks državnih službenika i namještenika³⁰ iz 2012. godine (u daljem tekstu Etički kodeks CG). Da bi se procijenila uskladenost crnogorskih pravnih rješenja sa pravom EU u ovoj oblasti, neophodno je uporediti ova dva akta i analizirati njihove zajedničke elemente i odredbe.

Zajednička načela Evropskog kodeksa dobrog upravnog postupanja i Etičkog kodeksa državnih službenika i namještenika Crne Gore

Etički kodeks Crne Gore koristi izraz *državni organ*³¹, koji obuhvata potencijalno svaki organ javne uprave jer ostavlja

²⁸ Marković, Milan, Savremena javna uprava – studije i ogledi, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica, 2007, strane 209, 211 i 213.

²⁹ The European Code of Good Administrative Behaviour (Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja), <https://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/code.faces#> (datum pristupa: 04.04.2018.), European Union 2015.

³⁰ Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, Sl. List CG br. 20/12, 12.04.2012. godine.

³¹ Prema Etičkom kodeksu državnih službenika i namještenika CG, izraz „državni organ“ obuhvata ministarstvo, organ uprave, sud, državno tužilaštvo i službe

rezidualnu klauzulu kojom se posebnim zakonom može proširiti obim upravnih i drugih državnih organa na čije se službenike odnosi Kodeks.³² Prema Zakonu o državnim službenicima i namještenicima Crne Gore, javni službenici jesu *državni službenici i namještenici*.³³ Podjela na državne službenike i namještenike je izvedena prema vrsti poslova koje obavljaju, prema visini naknada za obavljanje poslova, ali i prema obrazovanju koje se zahtijeva od jedne i druge grupe zaposlenih u javnoj upravi Crne Gore. U samom Zakonu, razlika između jedne i druge grupe zaposlenih je zasnovana isključivo u različitim vrstama poslova koje obavljaju u državnom organu³⁴ Crne Gore. Naime, *državni službenik* je lice zaposleno u državnom organu Crne Gore koje obavlja poslove iz prethodno utvrđene nadležnosti tog državnog organa, kao i informatičke, materijalno-financijske, računovodstvene i druge upravne i upravno-stručne poslove. Sa druge strane, *namještenik* je lice zaposleno u državnom organu CG da obavlja upravno-tehničke i pomoćne poslove.³⁵

Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja se odnosi na sve službenike zaposlene u institucijama Evropske unije³⁶ na koje se primjenjuju Pravilnik o osoblju i Uslovi zapošljavanju drugih službenika EU, kao i na ostale zaposlene koji su na drugi način povezani sa institucijama EU³⁷ (u daljem tekstu: službenici EU).³⁸

Analizom odredbi Etičkog kodeksa Crne Gore i Evropskog kodeksa dolazimo do nekoliko zajedničkih načela, odredbi i pojmova u oblasti dobrog upravnog postupanja:

Predsjednika, Skupštine, Vlade i Ustavnog suda Crne Gore, Fond za zdravstveno osiguranje, Zavod za zapošljavanje, Fond rada, Agencija za mirno rješavanje sporova, kao i zaposlene u drugim organima, regulatornim i nezavisnim tijelima kada to propisuje zakon. Vidjeti: Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 1.

³² Ibid., član 1.

³³ Zakon o državnim službenicima i namještenicima Crne Gore, član 2.

³⁴ Zakon o državnim službenicima i namještenicima se ne ograničava samo na organe javne uprave, već koristi znatno širi termin državni organ koji se odnosi na skoro sve organe i organizacije u državnoj strukturi Crne Gore. Vidjeti: Ibid., član 3.

³⁵ Ibid., član 2.

³⁶ Pojam institucije EU je sveobuhvatni termin za sve institucije, tijela, kancelarije i agencije EU. Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 2, paragraf 4.

³⁷ Na primjer ugovorom o djelu. Ibid., član 2, paragraf 2.

³⁸ Ibid., član 2, paragrafi 1, 2 i 4.

1) Zabrana zloupotrebe ovlašćenja – prema Etičkom kodeksu Crne Gore zabranjena je upotreba službene isprave, službenih podataka i službenog položaja u vršenju privatnih poslova službenika.³⁹ Službeni podaci jesu oni podaci do kojih je službenik došao u vršenju svojih poslova.⁴⁰ Zloupotreba, prema tome, jeste svaka upotreba službene isprave ili službenih podataka u obavljanju privatnih poslova službenika, odnosno onih poslova koji nisu povezani sa njegovim radnim mjestom ili nadženošćima državnog organa.

Evropski kodeks uspostavlja koncept zloupotrebe ovlašćenja u članu 7, kao jedan sveobuhvatni pojam koji nije posebno definisan i koji upravo zbog toga može objediniti različite oblike zloupotreba koje mogu izvršiti službenici EU (zloupotreba službenog položaja, službene isprave, službenih podataka i dr.). Naime, ovlašćenja službenika EU proističu iz zakona i mogu se primjenjivati samo u cilju zbog kojeg su tim zakonom propisana. Nadalje, službenik EU je dužan da posebno vodi računa da ne koristi svoja ovlašćenja bez zakonskog osnova ili u cilju koji nije u vezi sa javnim interesom. Naziv ovog člana je takodje specifičan, jer deklarise *nepostojanje* zloupotrebe ovlašćenja umjesto „zabrane“, što na posredan način implicira propisivanje *zabrane*.⁴¹ Ova dužnost podrazumijeva i uzdržavanje službenika EU od obrade podataka o ličnosti u nezakonite svrhe i prenos tih podataka neovlašćenim licima, uz poštovanje odredbi regulative EU iz ove oblasti.⁴²

2) Jednakost građana pred zakonom – službenik je dužan da u svakoj prilici poštuje načelo jednakosti građana pred zakonom, posebno kada rješava o njihovim pravima, obavezama i pravnim interesima. Kada se rješava o upravnim stvarima⁴³, zabranjeno je stavljati građane u neravnopravan ili povlašćeni položaj na osnovu njihovog ličnog svojstva (boje kože, rase, nacionalnosti itd.).⁴⁴ Ovo je potvrđeno i Zakonom o

³⁹ Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 5, stav 3.

⁴⁰ Ibid., član 9, stav 2.

⁴¹ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 7.

⁴² Ibid., član 21.

⁴³ Odlučivanje o pravima, obavezama i pravnim interesima fizičkih i pravnih lica u konkretnom slučaju. Vidjeti: Zakon o upravnom postupku Crne Gore, Službeni list CG, br. 056/14 od 24.12.2014., 020/15 od 24.04.2015., 040/16 od 30.06.2016., 037/17 od 14.06.2017. godine, član 2.

⁴⁴ Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 7.

državnim službenicima i namještenicima.⁴⁵ Ipak, ovakvo formulirano pravno rješenje u praksi nije bez zakonskih izuzetaka, jer se određena prava i obaveze dodjeljuju isključivo na osnovu ličnog svojstva građana (prava pripadnika nacionalnih manjina). Etički kodeks CG koristi izraz *u svakoj prilici*, čime se nalaže poštovanje ovog principa u najširem smislu u djelatnostima jednog državnog organa, i zahtijeva dodatnu pažnju o načelu jednakosti kada državni organ CG odlučuje o upravnim stvarima.

Sa druge strane, Evropski kodeks takodje uspostavlja načelo jednakosti građana, ali u okviru tog načela deklariše i nepostojanje diskriminacije⁴⁶ i propisuje zabranu diskriminacije na osnovu ličnog svojstva određenog lica. Službenik EU jemči poštovanje načela jednakosti u postupku po zahtjevu stranke i prilikom donošenja odluka o upravnim stvarima.⁴⁷ Prema tome, lica koja se nalazi u istoj ili sličnoj situaciji moraju dobiti isti ili sličan tretman. Ako dodje do razlike u tretmanu, odnosno postupanju, službenik EU jemči da će to biti opravdano objektivnim i relevantnim okolnostima konkretnog slučaja. Konačno, službenik EU posebno nastoji da izbjegne neopravdanu diskriminaciju između lica po osnovu nacionalnosti, boje kože, pola, rase, etniciteta ili društvene pripadnosti, porijekla, vjere ili uvjerenja, jezika, političkog ili drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovinskog stanja, rođenja, nesposobnosti, starosti ili seksualne orijentacije.⁴⁸ Iako se značenje nekih od ovih pojmova međusobno poklapaju, neophodno je posebno izdvojiti neke oblike diskriminacije zbog veličine EU i jezičke raznolikosti

⁴⁵ Zabrana diskriminacije u obavljanju poslova po osnovu rase, boje kože, nacionalne pripadnosti itd., kao i po osnovu drugih ličnih svojstava. Vidjeti: Zakon o državnim službenicima i namještenicima Crne Gore, član 7.

⁴⁶ Naslov člana 5. Evropskog kodeksa dobrog upravnog postupanja je „Nepostojanje diskriminacije“.

⁴⁷ Imajući u vidu naslov člana 5. Evropskog kodeksa dobrog upravnog postupanja, nameće se zaključak da koncept jednakosti predstavlja prosto nepostojanje diskriminacije, što nije dovoljno široka definicija ovog koncepta. Načelo jednakosti građana ne može obuhvatati samo lična svojstva jednog lica, odnosno moguću diskriminaciju, već mora podrazumijevati i jednako postupanje prema jednakim licima u jednakim okolnostima, kako se i navodi u samoj odredbi člana 5. Prema tome, ovo načelo obuhvata i obavezu institucija EU da vode računa i o postojanju pretjeranog afiniteta ili animoziteta službenika EU prema građanima prilikom odlučivanja o njihovim pravima, obavezama ili pravnim interesima u konkretnom slučaju.

⁴⁸ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 5.

njenog stanovništva. Takođe, pojam diskriminacije je ovdje ograničen na ovih nekoliko oblika, i ne obuhvata sva (ili *bilo koja*) lična svojstva građana, za razliku od Etičkog kodeksa i zakona CG. Iz tog razloga, Evropski kodeks veoma široko formuliše neke oblike diskriminacije (npr. *političko i drugo mišljenje, nesposobnost, i društvena pripadnost*).

3) Nepristrasnost i neutralnost službenika u vršenju poslova – ovo načelo se propisuje na jedan posredan način u članu 10. Etičkog kodeksa. Naime, nalaže se da službenik bude odjeven prikladno i primjereno poslu koji obavlja, odnosno da se načinom odijevanja ne dovede u pitanje njegova nepristrasnost i neutralnost.⁴⁹ Konkretno, ovo načelo prevashodno uspostavlja Zakon o državnim službenicima i namještenicima, gdje se nalaže službenicima CG da svoje poslove obavljaju politički neutralno i nepristrasno, i bez ispoljavanja političkih uvjerenja.⁵⁰ Odredba člana 10. u Etičkom kodeksu predstavlja samo dodatno uređenje ovog načela.

Sa druge strane, u Evropskom kodeksu postoji nekoliko članova koji direktno i u mnogo većoj mjeri nalažu nepristrasnost i nezavisnost službenika zaposlenih u institucijama EU, i njihovo pravedno, razumno i objektivno djelovanje. Prilikom donošenja odluka, službenik EU je dužan uzeti u obzir sve bitne okolnosti i činjenice i odmjeriti ih prema njihovoj važnosti za odluku u konkretnom slučaju. Istovremeno, on mora zanemariti i izostaviti iz razmatranja sve nepotrebne, nevažne i suvišne činjenice, radi konciznosti i jasnoće odluke. Nadalje, službenik EU ne smije biti vodjen ličnim, porodičnim ili nacionalnim interesima ili političkim pritiskom. Takođe, on je dužan da se uzdrži od svih arbitrarnih radnji koje mogu imati negativan uticaj na neko lice, kao i od povlašćenog postupanja koje nije pravno utemeljeno. Odredba o povlašćenom postupanju može se ticati i načela jednakosti građana, ali je ipak navedeno u okviru načela nepristrasnosti jer takvo postupanje ne mora biti povezano sa ličnim svojstvima lica⁵¹. Najzad, službenik EU

⁴⁹ Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 10.

⁵⁰ Zakon o državnim službenicima i namještenicima Crne Gore, član 9.

⁵¹ Na primjer: povlašćeno postupanje jer je lice tog dana bilo posebno prijateljski nastrojeno prema službeniku EU.

mora biti izuzet u predmetima gdje on ili bilo koji član njegove uže porodice ima finansijski interes.⁵²

4) Slobodan pristup informacijama i zaštita podataka o ličnosti – državni službenik može tražiti pristup samo onim informacijama koje su mi neophodne za obavljanje poslova u državnom organu⁵³, i te informacije je obavezan da koristi samo u skladu sa zakonom.⁵⁴ Ovo odredba se konkretno odnosi na zakone i slobodnom pristupu informacijama⁵⁵ i zaštitu podataka o ličnosti⁵⁶, dva primarna zakonska akta koja regulišu ove oblasti u Crnoj Gori. Kada je u pitanju javna uprava Crne Gore, na ova dva zakona se i zasniva ovo načelo kada je u pitanju pravo na privatnost, pravo na pristup informacijama i ostala prava građana iz ove oblasti. Takođe, državni organi su dužni istaći Etički kodeks na vidljivom mjestu i objaviti ga na internet stranicama tih organa i portalu e-uprave Crne Gore⁵⁷.

Na sličan način je ovo načelo uređeno i u Evropskom kodeksu, ali u nekoliko članova koji proširuju prava i obaveze u okviru ovog načela. Naime, službenici EU koji rukuju podacima o ličnosti i odlučuju o zahtjevima za pristup informacijama u posjedu institucije EU su obavezni da štite pravo na privatnost i integritet lica i da postupaju u skladu sa zakonodavstvom EU⁵⁸ i pravilima te institucije iz te oblasti⁵⁹.

⁵² Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, članovi 8, 9 i 11.

⁵³ Ne i privatnih poslova,

⁵⁴ Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 9, stav 1.

⁵⁵ Zakon o slobodnom pristupu informacijama Crne Gore, Službeni list Crne Gore, br. 044/12 od 09.08.2012., i 030/17 od 09.05.2017.

⁵⁶ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, Službeni list Crne Gore, br. 079/08 od 23.12.2008, 070/09 od 21.10.2009, 044/12 od 09.08.2012, i 022/17 od 03.04.2017.

⁵⁷ Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 22.

⁵⁸ Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data, Official Journal of the European Communities L 8/1, 12.1.2001., Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, Official Journal of the European Communities L 145/43, 31.5.2001., Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Official Journal of the European Union, L 119/1, 4.5.2016., i dr.

⁵⁹ Mendes, Joana, op. cit., strana 6.

Zabranjena je svaka obrada (prenos, prikupljanje, čuvanje itd.) takvih podataka bez zakonskog osnova ili njihov prenos neovlašćenim licima. Ako je zahtjev za pristup podniet usmeno, a nije moguće ispuniti zahtjev u tom obliku, službenik EU mora uputiti podnosioca da dostavi i pisani zahtjev. Službenik EU je dužan da stranki pruži sve tražene informacije o konkretnoj upravnoj stvari za koju je zadužen. U slučaju da lice traži povjerljivu ili tajnu informaciju, službenik EU je dužan navesti razloge zbog kojih ne može saopštiti tu informaciju. U svim situacijama, službenik EU je obavezan voditi računa da sve informacije koje saopštava ili dostavlja licima budu jasne i razumljive.⁶⁰

Konačno, institucije EU moraju voditi i urednu evidenciju o primljenoj i poslatoj pošti, dostavljenim dokumentima i dopisima i svim preduzetim mjerama i aktivnostima. One su dužne objaviti Evropski kodeks na svojim internet stranicama, i preduzeti efektivne mjere da informišu građane o pravima, obavezama i načelima iz ovog kodeksa.⁶¹

5) Primjena principa dobrog upravnog postupanja na sve odnose službenika – prema drugim službenicima, prema građanima, prema samom radu koji obavljaju, i prema državnom organu u kojem su zaposleni.⁶² Ova podjela je izvedena prema savremenom shvatanju službeničke etike u upravnim organizacijama u domaćoj upravnoj teoriji.⁶³ U tom pogledu, Etički kodeks CG obuhvata i uređjuje odnose iz cjelokupne službeničke etike.

Evropski kodeks, sa druge strane, uređjuje samo odnose između službenika EU i javnosti - fizičkih i pravnih lica, bez obzira na njihovo prebivalište, boravište ili sjedište. Ne uređuju se međusobni odnosi službenika EU (osim u jednoj odredbi u jednoj konkretnoj situaciji⁶⁴), niti njihov odnos prema samoj instituciji EU u kojoj su zaposleni, već je to u potpunosti prepušteno Propisima o službenicima.⁶⁵

⁶⁰ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, članovi 21, 22 i 23.

⁶¹ Ibid., članovi 24 i 25.

⁶² Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 3.

⁶³ Lilić, Stevan, op. cit., strana 36.

⁶⁴ Vidjeti načelo razumnog vremenskog roka za donošenje odluka u poglavlju 4.2. ovog članka.

⁶⁵ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, članovi 2 i 3.

6) Dobro postupanje prema stranki – službenik je dužan da u odnosu sa strankom postupa profesionalno, nepristrasno i pristojno, da blagovremeno, korektno i tačno daje podatke i informacije (u skladu sa propisima o pristupu i zaštiti informacija), kao i da podučava, pomaže i informiše građane o organu nadležnom za njihov zahtjev i o pravnom lijeku.⁶⁶ Takodje, državni službenik je obavezan sa posebnom pažnjom postupati prema licima sa invaliditetom.⁶⁷ Ovaj princip obuhvata odnos službenika prema strankama (fizičkim licima) sa kojima dolazi u kontakt prilikom rada u državnom organu i podrazumijeva dobro, kulturno, i primjereno ponašanje u susretu i razgovoru sa njima. Zbog svoje neodredjene, specifične i opširne prirode, ovaj koncept nije moguće sveobuhvatno i konkretno pravno definisati niti urediti.

Sa druge strane, Evropski kodeks uređuje odnos prema strankama kroz nekoliko članova, bez posebnog poglavlja za ovu oblast, ali sa određenim dodatnim dužnostima u odnosu na Etički kodeks CG.

Naime, službenik EU mora biti korektan, uslužan, uljudan, pristupačan i nastojati da bude od što veće pomoći u svim vidovima komunikacije⁶⁸. Ako službenik EU nije nadležan za podnijeti zahtjev, uputiće podnosioca na odgovarajuće službe ili instituciju EU. Nadalje, ako dodje do greške koja negativno utiče na prava i interese nekog lica, službenik EU će se za tu grešku izviniti i pokušati da ispravi negativne posljedice svog djela na najbrži mogući način.⁶⁹ U tom slučaju, službenik EU je dužan da obavijesti lice o svim mogućnostima prigovora i pravu na pravni lijek.⁷⁰ Ako je to neophodno, službenik EU daje savjete stranki o tome kako treba da postupi u predmetu koji mu je povjeren i šta treba da se preduzme u vezi njega.⁷¹ Takodje, službenik je obavezan da na svaki primljeni dopis odgovori na jeziku na kojem je napisan, ako je to jedan od zvaničnih jezika EU određen osnivačkim ugovorima. Ova obaveza važi i ako je u pitanju dopis pravnog

⁶⁶ Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 11, stav 2.

⁶⁷ Ibid., član 12. Iako nema pojašnjenja šta tačno predstavlja posebna pažnja u ovom slučaju, ona mora obuhvatati prilagodjavanje državnih službenika prema potrebama lica sa invaliditetom, u najvećoj mogućoj mjeri u konkretnom slučaju.

⁶⁸ Razgovor uživo, telefonski razgovor, elektronska pošta ili dopis.

⁶⁹ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 12.

⁷⁰ Ibid., član 12, stav i 3 i član 19.

⁷¹ Ibid., član 10, paragraf 3.

lica, u mjeri koliko je to moguće.⁷² Službenik EU je dužan da ukaže na sve greške i nedostatke u zahtjevu stranke i pratećoj dokumentaciji, i ostavlja joj razuman rok da ih ispravi, a svaki zahtjev ili drugi dopis koji je podniet nenadležnoj službi unutar institucije će biti prosljedjen odgovarajućoj (nadležnoj) službi. O tome je neophodno obavijestiti stranku, pri čemu se navode i kontakt informacije o službeniku kojem je zahtjev upućen.⁷³ Takodje, kada je to primjereno, službenik EU je dužan savjetovati stranku kako da pokrene upravni postupak iz njegove nadležnosti. Ako stranka traži informacije za pitanja za koja nije nadležan, službenik EU će uputiti podnosioca zahtjeva na odgovarajućeg (nadležnog) službenika i priložiti kontakt informacije tog lica. Ako se tražena informacija odnosi na drugu instituciju EU, on će uputiti podnosioca zahtjeva na tu instituciju. Konačno, ako je primjereno konkretnom predmetu, službenik EU je dužan uputiti podnosioca zahtjeva na službu institucije EU koja je zadužena za pružanje informacija javnosti.⁷⁴

7) Zakonitost odluka i postupanja – Načelo zakonitosti je u Etičkom kodeksu CG uspostavljeno samo na posredan način. Naime, službenik CG mora nastojati da obezbijedi ostvarivanje prava i obaveza građana, u skladu sa svojim ovlašćenjima i na najpovoljniji zakonom dozvoljeni način (član 6, stav 1, i član 11, stavovi 1 i 3). Sa druge strane, Zakon o državnim službenicima i namještenicima CG neposredno ustanovljava načelo zakonitosti i odgovornosti službenika za svoj rad. Konkretno, prema Zakonu, sve aktivnosti službenika CG moraju se obavljati u skladu sa Ustavom, zakonima i drugim opštim aktima, a sami službenik se smatra direktno odgovornim za stručno, efikasno i zakonito vršenje svojih poslova. Ovo uključuje i nesavjesnu upotrebu državne imovine i odgovornost službenika CG za nanijetu štetu.⁷⁵

Evropski kodeks nalaže da sve odluke institucija i službenika EU koje ukidaju, mijenjaju ili stvaraju prava ili koje se odnose na interese fizičkih lica, moraju biti zasnovane na zakonu, zakonito donijete, i da je cjelokupni njihov sadržaj u skladu sa zakonom. Službenik EU je dužan da odlučuje i

⁷² Ibid., član 13.

⁷³ Ibid., član 15.

⁷⁴ Ibid., član 22, stav 1, 3, 4 i 5.

⁷⁵ Zakon o državnim službenicima i namještenicima Crne Gore, članovi 5 i 114.

radi pravedno, prema zakonu i da primjenjuje propise i procedure zakona EU. Izuzetan značaj ovog principa može se uočiti kroz upotrebu više različitih termina koji se odnose na zakonitost u jednom istom članu: *zasnovanost odluka na zakonu, uskladjenost sadržine odluka sa zakonom, primjena propisa i procedura i djelovanja prema zakonu*.⁷⁶

Pravna sigurnost i predvidivost su sastavni djelovi ideje zakonitog postupanja. Prema tome, službenik i institucija EU moraju biti konzistentni u svom upravnom postupanju. Službenik EU će obavljati svoje poslove u skladu sa uobičajenom upravnom praksom svoje institucije, a svako odstupanje od te prakse u konkretnoj upravnoj stvari je dužan opravdati u pismenom obliku. S tim u vezi, službenik EU mora imati u vidu i opravdana očekivanja i razumna očekivanja stranke i javnosti prema uobičajenom djelovanju institucije EU.⁷⁷

8) Javni interes – Javni interes jeste opšte dobro - interes i dobrobit svih građana Crne Gore ili Evropske unije. Slično kao i neutralnost i nepristrasnost, načelo javnog interesa je na posredan način propisano u Etičkom kodeksu CG. Naime, službenik koji je ovlašćen da rješava o upravnim stvarima dužan je da se prilikom odlučivanja vodi u prvom redu javnim interesom⁷⁸. Javni interes je pojam koji je već ustanovljen zakonom u pravnom sistemu Crne Gore⁷⁹, ali pozivanje Etičkog kodeksa na javni interes ukazuje i službenicima i građanima na njegovu važnost.

Evropski kodeks takodje poznaje ideju javnog interesa, ali u drugom obliku – interesa opšte javnosti i proporcionalnost cilju. Prije svega, službenik EU jemči da su sve preduzete mjere i donijete odluke proporcionalne željenom cilju. Pritom, on mora posebno voditi računa da ne dodje do ograničavanja prava građana ili do povećanih troškova koja nisu u razumnom odnosu sa ciljem donijete odluke ili preduzete mjere. Konačno, službenik EU je dužan da prilikom

⁷⁶ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, članovi 4 i 11.

⁷⁷ Ibid., član 10, paragrafi 1 i 2.

⁷⁸ Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 11, stav 3.

⁷⁹ Vidjeti: Zakon o državnim službenicima i namještenicima Crne Gore, članovi 8 i 9; Zakon o državnoj upravi, Službeni list Republike Crne Gore, br. 038/03 od 27.06.2003, Službeni list Crne Gore, br. 022/08 od 02.04.2008, 042/11 od 15.08.2011, 054/16 od 15.08.2016, član 11; i Zakon o upravnom postupku Crne Gore, članovi 1, 8, 23, 24, 31, 100, 102 i 113.

odlučivanja uvaži i očuva ravnotežu između interesa privatnih lica i interesa opšte javnosti.⁸⁰ S obzirom da službenik EU jemči za proporcionalnost akata uprave zakonitom cilju, on je i odgovoran za nedostatak proporcionalnosti.

9) Odgovornost za povredu načela i pravila – Etički kodeks CG i Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja sami po sebi nisu pravno obavezujući akti. Ovo proističe iz toga što organi koji vrše nadzor nad njihovom primjenom nisu ovlašćeni da donose pravno obavezujuće akte povodom povrede njihovih odredbi.⁸¹ Ipak, njihova primjena i odgovornost za njihovu povredu se uspostavlja na druge načine.

Etički kodeks CG u članu 16 uređuje odgovornost za povredu njegovih pravila. Konkretno, utvrđuje se disciplinska odgovornost za službenike koje prekrše određene odredbe Etičkog kodeksa, i propisuje se da njihova povreda predstavlja lakšu povredu službene dužnosti⁸², što je bilo potvrđeno i zakonom. Međutim, novi Zakon o državnim službenicima i namještenicima CG uspostavlja disciplinsku odgovornost za povredu bilo koje odredbe Etičkog kodeksa. Naime, novi Zakon nalaže da svaka povreda pravila i načela Etičkog kodeksa CG predstavlja lakši disciplinski prekršaj.⁸³ Također, službenik CG je obavezan da prijavi sve povrede Etičkog kodeksa koje počini drugi službenik. Konačno, ako smatra da se od njega zahtijeva da prekrši jedno od pravila Etičkog kodeksa, službenik CG je dužan da o takvom zahtjevu obavijesti nadređeno lice (starješinu ili neposrednog rukovodioca).⁸⁴

Sa druge strane, Evropski kodeks nema odredbe o pravnoj obaveznosti njegovih pravila, već se njegova primjena oslanja u prvom redu na autoritetu i pravnoj argumentaciji Evropskog ombudsmana⁸⁵ kao nadležnog organa za primjenu Evropskog kodeksa, ali i na savjesnosti institucija EU.

10) Nadzor nad primjenom načela i pravila – Svi građani i službenici mogu prijaviti povredu Etičkog kodeksa starješini

⁸⁰ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 6.

⁸¹ Vidjeti stavku 11) Nadzor nad primjenom načela i pravila u ovom poglavlju.

⁸² Lakša povreda službene dužnosti jeste povreda člana 5, člana 6, stava 1, članova 7 – 12 i člana 13, stav 3 Etičkog kodeksa državnih službenika i namještenika CG.

⁸³ Zakon o državnim službenicima i namještenicima, član 94., stav 1, tačka 8.

⁸⁴ Etički kodeks državnih službenika i namještenika CG, članovi 15 i 16.

⁸⁵ Davinić, Marko, op. cit., strane 77 – 88.

državnog organa ili Etičkom odboru u obliku pritužbe. Etički odbor Crne Gore je organ javne uprave kolegijalnog karaktera nadležan da vrši nadzor nad primjenom Etičkog kodeksa. Osnovni akti koje donosi Etički odbor jesu mišljenja: mišljenja na pritužbe za nepoštovnanje pravila Kodeksa i mišljenja u vezi sa primjenom Kodeksa. Pored navedenog, Etički odbor je ovlašćen i da inicira izmjene i dopune propisa u oblasti službeničke etike, i da promoviše etička pravila ponašanja u državnim organima.⁸⁶

Evropski kodeks povjerava nadležnost nadzora i kontrole nad primjenom njegovih načela Evropskom ombudsmanu. Evropski ombudsman je organ Evropske unije inokosnog karaktera čija nadležnost obuhvata istraživanje i rješavanje slučajeva loše uprave (*maladministration*) u institucijama EU.⁸⁷ Naime, svako nepridržavanje odredbi Evropskog kodeksa od strane službenika ili institucije EU može biti predmet pritužbe u postupku pred Evropskim ombudsmanom, u skladu sa zakonima EU.⁸⁸ Pored Evropskog ombudsmana, građanin može podnijeti i tužbu Sudu pravde EU. Naime, građani mogu birati kojem će se organu obratiti, ali obraćanje Sudu isključuje obraćanje Evropskom ombudsmanu po zakonu.⁸⁹ Ipak, kada Sud ne može raspravljati o nekom pitanju (npr. ako pitanje nije pravnog karaktera) građanima ostaje mogućnost podnošenja pritužbe Evropskom ombudsmanu, i u tome se ogleda jedna od prednosti Evropskog ombudsmana u odnosu na Sud pravde EU. Prema tome, u odnosu na Sud, Evropski ombudsman se javlja kao alternativno i dopunsko sredstvo kontrole uprave.⁹⁰ Pored Suda, lica nezadovoljna radom institucija EU mogu podnijeti i peticiju Odboru za peticije Evropskog parlamenta (posebno ako je njihov slučaj političkog karaktera).⁹¹

⁸⁶ Etički kodeks državnih službenika i namještenika, članovi 17, 18 i 19.

⁸⁷ Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated Version), Official Journal of the European Union C 326, 26.10.2012., article 228, Charter of Fundamental Rights of the European Union, article 43.

⁸⁸ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 26.

⁸⁹ Sa druge strane, obraćanje Evropskom ombudsmanu ne isključuje mogućnost kasnijeg podnošenja tužbe Sudu, ali je to najčešće onemogućeno zbog izuzetno kratkog roka za podnošenje tužbe. Vidjeti: Davinić, Marko, op. cit., strana 211.

⁹⁰ Ibid., strane 211 i 212.

⁹¹ Ibid., strane 192 – 196.

Akti Evropskog ombudsmana nemaju pravnu obaveznost, pa stoga njihova pravna snaga proističe iz pravnog autoriteta i argumentacije njihovog donosioca.⁹² Isto važi i za Etički odbor CG. U tom pogledu, Evropski ombudsman ima određene prednosti i znatno nešto veće mogućnosti u rješavanju slučajeva loše uprave od Etičkog odbora CG, poput specijalnog izvještaja Evropskom parlamentu i sl.⁹³ Takodje, Evropski ombudsman ima veliki broj zaposlenih i veliko iskustvo u svom radu⁹⁴, dok članovi i sekretar Etičkog odbora CG nisu u radnom odnosu sa tim organom⁹⁵. Naime, oni su službenici zaposleni u drugim državnim organima CG, a svoju funkciju u Etičkom odboru obavljaju po potrebi (uz obaveznu sjednicu Odbora svakog mjeseca⁹⁶). Ipak, centralni problem Etičkog odbora CG je u veoma malom broju podnijetih pritužbi⁹⁷, što ukazuje na činjenicu da građani i državni službenici u CG nisu upoznati sa odredbama Etičkog kodeksa CG.

Sa druge strane, Etički kodeks CG propisuje nekoliko svojih odredbi i kao lakše disciplinske prekršaje⁹⁸, što je dalje prošireno novim Zakonom o državnim službenicima i namještenicima na cijeli Etički kodeks⁹⁹, dok Evropski kodeks nema takvo rješenje. Ovo je jedna mala prednost Etičkog kodeksa Crne Gore, jer je disciplinska odgovornost službenika EU za nepoštovanje odredbi Evropskog kodeksa prepuštena na diskrecionom odlučivanju institucijama EU. Ipak, institucije EU imaju određen stepen savjesnosti u vršenju svojih aktivnosti, a Evropski ombudsman ima značajna istražna ovlašćenja kada se utvrdi slučaj loše uprave u konkretnom slučaju, uključujući i podnošenje specijalnog izvještaja

⁹² Ibid., strane 77 -88.

⁹³ Ibid., strane 299 – 307.

⁹⁴ Evropski ombudsman je počeo sa radom 2000. godine i od tada je istražio jako veliki broj pritužbi, dok Etički odbor CG postoji tek od 2014. godine i do sada je obradio veoma mali broj predmeta. Vidjeti; Ibid., strane 169, 171, 191, 311 i 312.

⁹⁵ Etički odbor CG je počeo sa radom po stupanju na snagu Etičkog kodeksa CG 2012. godine.

⁹⁶ Poslovnik o radu Etičkog odbora, Etički odbor, Uprava za kadrove Crne Gore, URL: <http://www.uzk.gov.me/pretraga/172726/Eti%C4%8Dki-odbor.html> (datum pristupa: 04.04.2018.), član 5.

⁹⁷ Tokom 2017. godine nije bilo nijedne pritužbe Etičkom odboru. A 2016. godine bilo je ih je manje od 5.

⁹⁸ Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 16.

⁹⁹ Zakon o državnim službenicima i namještenicima Crne Gore, član 94.

Evropskom parlamentu¹⁰⁰. Osim toga, institucije EU su dužne izvršiti reviziju primjene¹⁰¹ Evropskog kodeksa i dostaviti izvještaj Evropskom ombudsmanu o rezultatima revizije, na njegov zahtjev.

Etički kodeks Crne Gore ostavlja i mogućnost donošenja drugih, posebnih etičkih kodeksa koji bi regulisali ponašanje službenika pojedinih državnih organa, u zavisnosti od prirode i posebnih osobina njihovih poslova. Iako odvojeni akt, svaki posebni kodeks bi i dalje morao polaziti od Etičkog kodeksa državnih službenika i namještenika¹⁰². Ovo pravo ne predviđa izričito i Evropski kodeks, ali priznaje izuzeće od primjene svojih odredbi institucijama EU čije su aktivnosti uređene posebnim odredbama.¹⁰³

- **Predmeti iz prakse Etičkog odbora Crne Gore**

U predmetu broj 115 od 20.02.2014. godine, Etički odbor je razmatrao prijavu NVO *QueerMontenegro* (Crnogorska LGBTIQ asocijacija) protiv službenika Ministarstva pravde zaposlenom u Zavodu za izvršenje krivičnih sankcija. Naime, službenik je na svom „Facebook“ profilu kontinuirano iznosio neprimjerene i negativne lične stavove o LGBT osobama, koristeći očigledno uvredljive izraze sa namjerom da omalovaži pripadnika LGBT populacije. U prijavi se navodi da su time prekršene odredbe o zabrani diskriminacije, jednakosti građana i čuvanju ugleda državnog organa u javnom nastupu. Službenik je istakao da lična upotreba društvenih mreža ne predstavlja javni nastup i da su njegove izjave zaštićene pravom na slobodu govora, kao i da u ovom konkretnom slučaju nije narušen ugled državnog organa i da nije odlučivao o pravima i obavezama građana. Etički odbor je zaključio da izjave službenika na društvenim mrežama predstavljaju očigledni govor mržnje sa namjerom diskriminacije, što ne može biti obuhvaćeno pravom na slobodu govora. Izražavanje takvih stavova na društvenoj mreži predstavlja oblik javnog nastupa službenika, pa je Etički odbor, prema tome,

¹⁰⁰ Davinić, Marko, op. cit., strane 280 – 311.

¹⁰¹ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 27.

¹⁰² Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 20.

¹⁰³ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 3, paragraf 1.

jednoglasno donio mišljenje da su tim aktima službenika povrijeđene odredbe Etičkog kodeksa CG.¹⁰⁴

U predmetu broj 127 od 16.05.2014. godine, NVO Institut Alternativa (istraživački centar o transparentnosti, dobrom upravljanju i odgovornosti) je podnio prijavu protiv nekoliko državnih službenika koji se nalaze na izbornim listama za lokalne izbore, navodeći da su na taj način prekršili odredbe Etičkog kodeksa CG o nepristrasnosti i nezavisnosti izražavajući svoja politička uvjerenja načinom oblačenja i izjavama za medije. Etički odbor je razmotrio prijavu i zaključio da se zabrana izražavanja političkih uvjerenja odnosi na izražavanje ovih uvjerenja isključivo prilikom vršenja poslova u okviru državnog organa u kojem su ti službenici zaposleni. S obzirom da zakoni Crne Gore konkretno ne zabranjuju kandidovanje državnih službenika na lokalne izbore, bilo bi neustavno zabraniti službenicima njihovo pasivno biračko pravo. Stoga, Etički odbor je jednoglasno usvojio mišljenje da nije prekršen Etički kodeks CG.¹⁰⁵

- **Predmeti iz prakse Evropskog ombudsmana**

U predmetu broj 884/2010/VIK, neuspješni kandidat za konkurs za imenovanje posmatrača na izborima dostavio je Evropskoj komisiji zahtjev za dodatnim informacijama o kriterijumima na kojima je izvršena selekcija posmatrača. Službenik Komisije je putem elektronske pošte kandidatu odgovorio „Vidimo se na sudu“. Kandidat je podnio pritužbu Evropskom ombudsmanu i nakon njegove intervencije, Komisija je uputila izvinjenje kandidatu i dostavila sve tražene informacije.¹⁰⁶

U predmetu 2924/2007/TS, podnosilac pritužbe je kandidatkinja koju je Evropski ekonomski i socijalni komitet izabrao za radno mjesto u ovom tijelu EU, na osnovu konkursa. Kandidatkinja je nakon toga dala otkaz na svom dotadašnjem poslu u Finskoj i preselila se u Briselu, u iznajmljeni stan. Dvije nedjelje prije stupanja na rad, dobila je

¹⁰⁴ Etički odbor - mišljenja, Uprava za kadrove Crne Gore, URL: <http://www.uzk.gov.me/pretraga/172726/Eti%C4%8Dki-odbor.html> (datum pristupa 04.04.2018.)

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Davinić, Marko, op. cit., strana 317.

obavještenje od Komiteta da neće moći da je primi jer nema završene tri godine postdiplomskih studija. Kandidatkinja je nakon toga podnijela pritužbu. Evropski ombudsman je zaključio da Komitet nije pravilno i savjesno pregledao njenu prijavu i biografiju da je zbog toga doveo kandidatkinju u nezgodan položaj. Prema tome, predloženo je prijateljsko rješenje, uz obavezu da se naknadi šteta koju je kandidatknjiga pretrpjela, koje je Komitet prihvatio.¹⁰⁷

Još jedan zanimljiv predmet pred Evropskim ombudsmanom je i 1700/2004/MF. U ovom predmetu, podnosilac pritužbe je učestvovao na konkursu Evropske investicione banke u kojem je uspješno prošao prvi krug prijave. Nakon prelaska u drugi krug, kandidat se obratio direktoru kadrovskog sektora putem elektronske pošte u kojem je pitao o svojim šansama na konkursu. Direktor je poslao dva odgovara. U prvom je kazao kandidatu da je slične mejlove već slao na 18 različitih adresa, i da je *potpuno poludio*. U drugom je kazao da bi podnosilac trebao prestati da šalje mejlove ove vrste i da takve aktivnosti ne idu u korist njegove prijave. Kandidat je podnio pritužbu Evropskom ombudsmanu i u njoj istakao da je direktor postupio uvredljivo i prijeteci, što predstavlja zloupotrebu njegovih ovlašćenja. Banka je odgovorila na pritužbu i navela da je prvi odgovor direktora bio greška i uputila izvinjenje podnosiocu, dok je drugi odgovor direktora imao za cilj da upozori podnosiocu da učestalo kontaktiranje službenika Banke može negativno uticati na njegovu prijavu na konkursu. Evropski ombudsman je zaključio da se izrazi upotrijebljeni u drugom odgovoru mogu lako shvatiti kao prijetnja i da je takvo ponašanje jednog visokog službenika Banke u direktnoj suprotnosti sa odredbama Evropskog kodeksa dobrog upravnog postupanja.¹⁰⁸

Posebna načela dobrog upravnog postupanja u Crnoj Gori i EU

Odredjena načela koja nalazimo u Etičkom kodeksu CG ne postoje u odredbama Evropskog kodeksa, i obrnuto.

¹⁰⁷ Ovaj predmet je obilježen kao primjer dobre upravne prakse (star case). Ibid., strana 360.

¹⁰⁸ Ibid., strana 356.

Analizom ovih načela dobijamo bolju sliku o različitom shvatanju principa dobrog upravnog postupanja Crne Gore i Evropske unije.

4.1. Posebna načela Etičkog kodeksa državnih službenika i namještenika

1) Zaštita ugleda državnog organa i ličnog ugleda službenika – službenik CG je dužan da vodi računa o zaštiti i očuvanju ugleda državnog organa u kojem je zaposlen i svog ličnog ugleda u svim prilikama: u obavljanju poslova iz nadležnosti državnog organa i poslova u vezi sa radnim mjestom u tom organu, u toku javnog nastupa, svojim načinom odijevanja, ali i van radnog vremena.¹⁰⁹

Prilikom javnog nastupa, bez obzira da li iznosi stavove državnog organa ili lične stavove, i bez obzira da li predstavlja državni organ ili ne, službenik je obavezan čuvati lični ugled i ugled državnog organa. Takodje, u toku javnog nastupa u kojem ne predstavlja državni organ, službenik ne smije iznositi podatke iz nadležnosti državnog organa ili u vezi poslova koje obavlja u tom organu, koji bi mogli narušiti ugled državnog organa ili povjerenje građana u njegov rad.¹¹⁰ Očuvanje ugleda državnih službenika i namještenika, njegovu afirmaciju i unapredjenje, jeste i jedan od osnovnih ciljeva Etičkog kodeksa.¹¹¹ Drugi cilj Kodeksa predstavlja povjerenje građana u rad državnih organa.

Ugled u ovom smislu predstavlja mišljenje građana o službeniku i državnom organu, njihovoj pouzdanosti i profesionalizmu. Pored ugleda službenika, drugi cilj Kodeksa je i povjerenje građana u rad državnih organa. Kada se razmotre osnovne karakteristike ugleda i povjerenja, i imajući u vidu prirodu upravne djelatnosti koju obavljaju državni organi, uočava se jasna povezanost između ta dva pojma. Jedno ne može postojati bez drugog. Stoga, nije moguće odvojiti povjerenje građana u rad državnih organa od ugleda državnih službenika i namještenika.

¹⁰⁹ Etički kodeks državnih službenika i namještenika Crne Gore, član 5, stavovi 1 i 2, član 8 i član 10.

¹¹⁰ Ibid., član 8.

¹¹¹ Ibid., član 2.

Iako načelo ugleda ima veoma važan položaj u Etičkom kodeksu Crne Gore, ono se i ne pominje u Evropskom kodeksu dobrog upravnog postupanja. Ovo predstavlja jednu veliku razliku između ova dva pravna akta, ali i značajnu razliku između službeničke etike u EU i Crnoj Gori.

2) Javni nastup – službenik se prilikom svakog javnog nastupa u kojem predstavlja državni organ mora ponašati u skladu sa svojim ovlašćenjima, stručnim znanjem i propisima. Takođe, kada predstavlja državni organ, dužan je iznositi stavove državnog organa.¹¹²

3) Zaštita integriteta službenika i građana - obuhvata obaveze zaštite i poštovanja integriteta i dostojanstva građana i službenika CG. Ovo uključuje i pravo službenika CG na zaštitu od uznemiravanja – ponašanja koje predstavlja ili ima za cilj povredu dostojanstva i ličnosti službenika. Po prirodi stvari, ovo uključuje i aktivnosti koje ometaju službenika u obavljanju njegove dužnosti.¹¹³ Iako Evropski kodeks ne sadrži posebne odredbe o konceptu integriteta i dostojanstva službenika EU i građana, ona su na posredan način uređena kroz njegova načela i odredbe o drugim pitanjima.¹¹⁴

4) Kolegijalnost u međusobnim odnosima službenicima – Još jedan element službeničke etike jeste i kolegijalnost. Kolegijalnost se odnosi na ponašanje službenika prema drugim zaposlenim licima u državnom organu, i ona podrazumijeva sličan način postupanja kao i prema strankama¹¹⁵. Naime, sva komunikacija između službenika se mora zasnivati na uzajamnom poštovanju, povjerenju, saradnji, pristojnosti i odgovornosti. Ovo načelo obuhvata i razmjenu mišljenja i informacija o stručnim pitanjima zarad javnog interesa, kao i uzdržavanje od ometanja jedno drugog u obavljanju poslova.¹¹⁶

Etički kodeks CG nalaže formiranje posebne vrste državnog službenika: *neposrednog rukovodioca*¹¹⁷, čija je dužnost da svojim ličnim ponašanjem daje primjer uzornog ponašanja ostalim službenicima u njegovoj nadležnosti, da ih podstiče na bolje obavljanje poslova, na bolje ponašanje prema

¹¹² Ibid., član 8, stav 1.

¹¹³ Etički kodeks državnih službenika i namještenika CG, član 6.

¹¹⁴ Vidjeti stavku 2) Jednakost građana pred zakonom u poglavlju 2 ovog rada.

¹¹⁵ Lilić, Stevan, op. cit., strana 36.

¹¹⁶ Etički kodeks državnih službenika i namještenika CG, član 13.

¹¹⁷ Ibid., član 14.

gradjanima i veći stepen kolegijalnosti. Neposredni rukovodilac prati primjenu Kodeksa u državnom organu, ukazuje na povrede njegovih pravila i preduzima mjere za ispravljanje i spriječavanje tih povreda, ali i drugih oblika nedozvoljenog ponašanja (posebno korupcije). Svako lice koje zasniva radni odnos u državnom organu mora biti upoznato sa odredbama Etičkog kodeksa Crne Gore i potpisuje izjavu o njegovom pridržavanju i poštovanju.¹¹⁸

Evropski kodeks ne poznaje koncept neposrednog rukovodioca, niti uređuje međusobne odnose i kolegijalnost službenika EU, osim u jednoj odredbi u jednoj konkretnoj situaciji¹¹⁹.

- **Posebna načela Evropskog kodeksa o dobrom upravnom postupanju**

1) Obavješćavanje o odluci – odmah nakon donošenja odluke o upravnoj stvari, službenik EU je dužan da pisanim putem o tome obavijesti lice na koje se ta odluka odnosi. To je lice na čija prava i interese utiče donijeta odluka. Nalaže se da sami službenik EU jemči za ispunjenje ove obaveze, pa je prema tome odgovoran za njeno zanemarivanje. Službenik prvo obavješćava lica na koje se odluka odnosi, zatim sva ostala lica.¹²⁰ U suštini, ovo načelo podrazumijeva dostavljanje upravnog akta svom adresatu, da bi se obezbijedilo da je lice upoznato sa svojim novim pravima ili obavezama.

2) Pouka o pravnom lijeku - odluka institucije EU koja negativno utiče na prava i interese adresata mora sadržati detaljnu pouku o pravnom lijeku. Konkretno, takva odluka mora da sadrži informacije o mogućnosti podnošenja prigovora ili drugog sredstva kojim se može osporavati ta odluka. Pritom, u odluci se mora navesti kakva je priroda tih pravnih sredstava, kojim se institucijama mogu podnijeti i vremenski rokovi za njihovo podnošenje. Nalaže se da odluka mora obavijestiti i uputiti nezadovoljnu stranku na pokretanje

¹¹⁸ Ibid., član 21.

¹¹⁹ Vidjeti načelo razumnog vremenskog roka za donošenje odluka u poglavlju 4.2. ovog rada.

¹²⁰ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 20.

sudskog postupka i podnošenje pritužbe Evropskom ombudsmanu, kada je to dopušteno.¹²¹

Dok Etički kodeks CG propisuje samo obavezu usmenog podučavanja i upućivanja stranke na pravni lijek, Evropski kodeks nalaže da te informacije budu navedene u samoj odluci, a usmeno upućivanje se zahtijeva samo ako je došlo do greške u radu institucije EU.¹²² Sa druge strane, to nije od velikog značaja jer Zakon o upravnom postupku Crne Gore propisuje da je pouka o pravnom lijeku, odnosno uputstvo o pravnoj zaštiti, sastavni i obavezni dio upravnog akta državnog i drugog organa¹²³.

3) Obaveza obrazlaganja odluka – ovo načelo Evropskog kodeksa se odnosi na odluke koje mogu negativno uticati na prava i obaveze adresata. Naime, sve odluke ove vrste koje donose institucije EU moraju biti obrazložene: moraju sadržati pravni osnov i sve relevantne činjenice na kojima se zasnivaju. Službenik EU je dužan da izbjegava nejasna i kratka obrazloženja u svojim odlukama, kao i opšta obrazloženja koja nisu vezana za konkretnu upravnu stvar.¹²⁴

Kada se jedna odluka odnosi na veliki broj lica, pa nije moguće obrazložiti svaki segment te odluke za svakog pojedinačnog adresata bez pretjeranog truda i vremena, nije neophodno da takva odluka sadrži detaljno obrazloženje. U tom slučaju, ipak, službenik EU jemči da će svakom licu pružiti pojedinačno obrazloženje odluke¹²⁵, na izričiti zahtjev tog adresata.¹²⁶

4) *Auditur et altera pars* – kada odlučuje o pravima i interesima pojedinca, službenik EU mora u svim fazama postupka obezbijediti stranki pravo na odbranu: pravo na saslušanje stranke i pravo davanje izjava. Naime, stranka ima pravo da dostavlja pismene komentare ili usmene primjedbe u toku postupka.¹²⁷

5) Razuman vremenski rok za donošenje odluke – postupajući po zahtjevu ili pritužbi stranke, službenik EU je

¹²¹ Ibid., član 19.

¹²² Vidjeti stavku 6) Načelo dobrog upravnog postupanja prema stranki u poglavlju 2 ovog rada.

¹²³ Zakon o upravnom postupku Crne Gore, član 22.

¹²⁴ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 18.

¹²⁵ Obrazloženje koje se odnosi konkretno na to lice koje je podnijelo zahtjev.

¹²⁶ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 18, stav 3.

¹²⁷ Ibid., član 16.

dužan donijeti odluku o toj upravnoj stvari bez odlaganja i u razumnom roku: najkasnije dva mjeseca po prijemu zahtjeva ili pritužbe. Ova obaveza se odnosi i na dopise drugih lica – pripadnika javnosti, ali i na administrativne bilješke koje je službenik uputio svojim nadređenima.¹²⁸ Takodje, ovo je jedina odredba Evropskog kodeksa koja uredjuje medjusobne odnose službenika.

Službenik EU je dužan da bez odlaganja obavijesti stranku, podnosioca dopisa ili podređenog službenika, kada zbog složenosti predmeta nije moguće odgovoriti ili odlučiti u roku od dva mjeseca. U tom slučaju, on je dužan donijeti i dostaviti odluku ili odgovor u najkraćem mogućem roku.¹²⁹

6) Izdavanje dokaza o prijemu zahtjeva – institucija EU je dužna da izda i dostavi potvrdu o prijemu za svaki primljeni zahtjev¹³⁰ u roku od dvije nedjelje od dana prijema. Potvrda o prijemu jeste dokaz da je zahtjev uspješno podnjet i dostavljen instituciji. U potvrdi se mora navesti ime službenika koji je zadužen za podnijeti zahtev, njegov telefon i službu kojoj on pripada.¹³¹ Na ovaj način se izbjegavaju zloupotrebe u slučaju nemarnog ili nesavjesnog rada institucije EU. Sa druge strane, kada postoji zloupotreba na strani podnosioca, odnosno kada je dopis besmislen, kada se šalje u veoma velikom broju ili kada se ponavlja, službenik EU nije obavezan da izdaje ili dostavlja potvrdu o prijemu¹³².

Sa druge strane, iako Etički kodeks Crne Gore ne sadrži odredbe ove vrste, Zakon o upravnom postupku CG propisuje da je organ javne uprave dužan da podnosiocu zahtjeva izda potvrdu o prijemu njegovog podneska, ako podnosilac to zatraži. Potvrda o prijemu mora sadržati naznaku da je podnesak primljen, datum i vrijeme prijema, kao i predmet podneska. Nije propisan rok za izdavanje potvrde o prijemu, ali ako je podnesak primljen elektronskim putem, onda organ javne uprave mora bez odlaganja dostaviti podnosiocu obavještenje o prijemu.¹³³

¹²⁸ Ibid., član 17, stav 1.

¹²⁹ Ibid., član 17, stav 2.

¹³⁰ Zahtjev za donošenje odluke o upravnoj stvari, dopis ili pritužba.

¹³¹ Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, član 14, stavovi 1 i 2.

¹³² Ibid., član 14, stav 3.

¹³³ Zakon o upravnom postupku Crne Gore, članovi 63 i 64.

Zaključna razmatranja

Iz navedenog uočavamo jasne razlike između Evropskog kodeksa i Etičkog kodeksa CG. Primarni cilj Etičkog kodeksa Crne Gore jeste očuvanje ugleda državnih organa i povjerenja građana u te organe, dok Evropski kodeks najviše razmatra pitanja zakonitosti odluka i radnji službenika EU.

Princip dobrog upravnog postupanja u Crnoj Gori se ustanovljava kroz ideje ugleda državnog organa i službenika i povjerenja građana u njih. Ovakvo odredjenje cilja Etičkog kodeksa CG je u određenoj mjeri površno i nije u saglasnosti sa principom dobrog upravnog postupanja. Naime, dobar ugled i povjerenje ne podrazumijeva da je određeni službenik zaista dostojan tog ugleda i povjerenja, niti da radi zakonito i bez diskriminacije. Sa druge strane, primarni cilj Etičkog kodeksa jeste uspostavljanje opštih načela dobrog upravnog postupanja, radi očuvanja zakonitosti i ispravljanja po građane negativnih odluka institucija EU.

Takodje, Evropski kodeks uspostavlja veći broj pravila i načela dobrog upravnog postupanja u odnosu na Etički kodeks CG. Ovo nije pretjerano problematično jer pravila i jednog i drugog kodeksa dopunjuju zakoni i sudska praksa. Sa druge strane, iz praktičnih razloga, neka pravila i načela iz ove oblasti nije moguće do kraja pravno urediti, niti bi trebalo.¹³⁴ Ipak, ne može se zanemariti važnost jedinstvenog pravnog akta koji objedinjuje pravila i načela dobrog upravnog postupanja za službenike koji će ih primjenjivati i za građane kojima će koristiti. Jedinstveni pravni akt u velikoj mjeri olakšava informisanje građana o njihovim pravima, i obrazovanje službenika o njihovim obavezama.

Konačno, pregledom i upoređivanjem pravnih rješenja Crne Gore i Evropske unije u oblasti dobrog upravnog postupanja, zaključujemo da je hipoteza data u ovom radu djelimično istinita. Većina pravila i načela iz ove oblasti mogu se naći i u zakonima i u Etičkom kodeksu državnih službenika i namještenika CG, ali neka od njih nisu dovoljno detaljno uređena, dok druga nisu u dovoljnoj mjeri objedinjena u centralnom aktu – Etičkom kodeksu CG. Osim toga,

¹³⁴ Poput ljubaznosti, pristojnosti i primjerenosti službenika u komunikaciji sa strankom.

mehanizmi njihove primjene i nadzora (iz finansijskih i tehničkih razloga) ostaju nedovoljno razvijeni u poredjenju sa radom Evropskog ombudsmana (i drugih institucija EU) i građani nisu dovoljno upoznati sa mogućnostima njihove upotrebe. Sa druge strane, jedna velika prednost crnogorskog pravnog sistema jeste puna pravna obaveznost odredbi Etičkog kodeksa CG prema novom Zakonu o državnim službenicima i namještenicima.

Dobro upravno postupanje nije prosto izbjegavanje povrede pravnih pravila¹³⁵, već predstavlja nastojanje javne uprave da postupa na najbolji mogući način u svim aktivnostima iz njenih nadležnosti.

Imajući u vidu nedostatke Etičkog kodeksa Crne Gore u odnosu na Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja, neophodno je pristupiti njihovoj ispravci. Ovakav stav možemo uočiti i kod crnogorskog zakonodavca, koji u Zakonu o državnim službenicima i namještenicima na posredan način poziva Vladu Crne Gore da donese novi Etički kodeks u cilju uređivanja ove oblasti. Naime, član 74. ovog Zakona nalaže da Etički kodeks državnih službenika i namještenika donosi Vlada Crne Gore. Ovakva odredba može biti prosto utvrđivanje nadležnosti za donošenje ove vrste akata, ali imajući u vidu da je Vlada već usvojila Etički kodeks CG 2012. godine, ovaj član Zakona može predstavljati prećutno priznanje pomenutih nedostataka i svojevrsan poziv za donošenje novog Etičkog kodeksa koji će ih ispraviti. Najzad, autoru je potvrđeno u razgovoru sa službenicima Uprave za kadrove CG da se u Vladi planira donošenje novog Etičkog kodeksa u toku 2018. godine, tako da se uskoro mogu očekivati nova pravna rješenja u oblasti dobrog upravnog postupanja u Crnoj Gori.

Summary

This article explores the basic theoretical and practical concepts and principles of good administrative behaviour of public servants in Montenegro and in the European Union. The author analyzes and compares the provisions of crucial legal acts in Montenegro and the EU, as well as other

¹³⁵ Davinić, Marko, op. cit., strana 296.

important pieces of legislation concerning good administrative behaviour.

Through their comparison we gain insight into the flaws of the legal framework of Montenegro when compared to the EU, and explore the common legal principles needed for the realization of good administrative behaviour. This articles also takes a look at the institutions responsible for the enforcement of these rules, as well as their work towards that end.



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

OKRUGLI STO

- izlaganja na raspravi Udruženja pravnika Crne Gore
"130 godina OIZ-a"

Pravni fakultet Univerziteta „Mediterran“
Podgorica, 09. 11. 2018. godina

Prof. dr Mladen VUKČEVIĆ¹

ZNAČAJ USTAVNIH ODREĐENJA U BOGIŠIĆEVOM ZAKONIKU

Prva asocijacija na pomen Bogišića jeste mnogoznačnost. U prvom redu, Bogišića kao ličnosti (pravnik, filozof, historičar, etnolog), zatim, njegovog djela koje ponire u više pravnih disciplina (građansko, obligaciono, istorija prava dr.) i njegovog doprinosa razvoju pravne kulture u Crnoj Gori, u svojstvu autora Opšteg imovinskog zakonika (OIZ) i ministra pravde. Isto tako, brojni su i aspekti istraživanja njegovog stvaralaštva kojima svjedočimo proslavljajući 130 godina od usvajanja ovog kapitalnog djela naše pravne baštine.

U ovom izlaganju daje se skica ustavnopravnog oblikovanja Crne Gore učinjenog kroz određenja OIZ-a. To je pokušaj da se u tri cjeline naslovljene kao: Kontekst i tekst; Ustavne objave i Ustavni zapisi i „zakonjače“, naznače dometi Bogišićevog ustvotvorstva, kao predhodnice donošenja prvog crnogorskog ustava.

Kontekst i tekst

Sastavni dio razvoja prava čini usavršavanje njegovih izvora, a njihova brojnost u formalnom i materijalnom smislu, i primjerenost društvenom kontekstu, jedan je od pokazatelja kvaliteta pravnog sistema kao (potencijalno) koherentne cjeline. To važi i za razvoj grana prava među kojima posebno mjesto zauzima ustavno pravo - osnovna pozitivnopravna disciplina, izvori ustavnog prava su se mijenjali kroz istoriju, naročito na početku Novog vijeka, postajući više ili manje uspješni odgovori na komplikovanost društvenih odnosa i potrebu da se oni pravno uobliče u akte ustavnog karaktera. Pred takvim upitom organizacije vlasti našla se i Crna Gora, nakon sticanja međunarodnopravnog priznanja (1878) i

¹ Predsjednik Skupštine Udruženja pravnika Crne Gore

činjenice da je zajedno sa Rusijom, bila rijetka evropska država koja nije imala pisani ustav kao krovni akt organizacije vlasti. Imajući to u vidu crnogorska vlast, dominantno oličena u monarhu (Nikola I) procijenila je da osnov svog legitimiteta treba da osnažuje i donošenjem pravnih akata koji će biti "instrument vladanja" i unaprijeđivati pravni saobraćaj sa inostanstvom. Na taj način, u savremenijoj formi, nastavljen je kontinuitet uređivanja osnova organizacije vlasti, utkan u običajnom pravu i fragmentarno nastavljen u prvim pisanim aktima crnogorskog prava (Stega, Zakonik obšči crnogorski i brdski, Opšti zemaljski zakonik). U tim aktima garantovani su neprikosnovenost ličnosti i dostojanstvo svakog pojedinca, a utvrđeni su i osnovi organizacije vlasti, što im ukupno daje odlike ustavnog karaktera.

Realizaciju svog programa modernizacije prava, zasnovanog na modernim evropskim osnovama, Crna Gora će obznaniti 1888. godine, usvajanjem OIZ-a, deceniju nakon sticanja punog državnog subjektiviteta. U tom smjeru OIZ će obezbijediti dalji protok državnopravne ideje koji će za Crnu Goru biti posebno značajan na međunarodnom planu, postajući na taj način svojevrsna preteča moderne crnogorske ustavnosti. To će se potvrditi dugotrajnošću primjene njegovih odredbi, i prepoznati u pravnoj i historiografskoj literaturi mnogo kasnije.²

Rad na usvajanju Opšteg imovinskog zakonika i sami čin usvajanja odvijao se u vrijeme značajnog teritorijalnog proširenja i promjene etničke strukture Crne Gore. Osim toga, to je bilo i vrijeme značajnih državnih reformi („reformno doba“) koje se u istorijskopravnoj periodizaciji vezuje za period od 1879. do 1902. godine. U navedenom razdoblju došlo je do značajnih promjena ustavnog karaktera, preciznije do promjena u organizaciji vlasti. U prvom redu, ukinut je Senat, a njegove nadležnosti preuzela su novoustanovljena ministarstva, Državni savjet i Veliki sud. Pomenuti društveni kontekst opredijelio je i obim, strukturu i sadržinu odredbi ustavnog karaktera, ali u nedostatku „indikatora ustavnosti“ u Crnoj Gori toga doba, nije bilo za očekivati da se utvrdi jasno

² U vrijeme vladavine Knjaza Nikole, donošenje OIZ-a nije našlo mjesta u kapitalnim izdanjima toga doba. Tako se recimo na značaj usvajanja OIZ-a ne ukazuje u spomenici „Pedeset godina na prestolu Crne Gore 1860-1910“, štampanoj 1910. godine na Cetinju.

razgraničenje između ustavnih i drugih odredbi. Međutim, slijedeći postulate ustavnopravne nauke, u OIZ-u treba izdvojiti one norme koje se odnose na osnovna pravila uređenja države, prava njenih građana i drugih subjekata pravnog saobraćaja.

Značaj rješenja, primjena i dometi OIZ-a bili su predmet velikog broja radova, najčešće iz oblasti građanskog prava u širem smislu, zatim, istorije prava, teorije prava, sociologije prava i drugih pravnih nauka. Uporedo sa obradom OIZ-a izučavani su i drugi Bogišićevi radovi iz kojih su se sticala saznanja koja su ukazivala na onovremene “pravne transplante” (A. Votson) i izvorišta iz kojih ih je on crpio. I zato je izučavanje Bogišića uvijek slojevito i zahtjevno. Slijedeći takav pristup u našoj pravnoj nauci obrađivana su konkretna određenja Zakonika ³, a u okviru njih i odredbe koje imaju ustavnopravni karakter. Polazeći od toga, u ovom radu predočavaju se odredbe OIZ-a koje, direktno ili indirektno, načelno ili konkretno, uređuju ustavna pitanja i imaju odlike ustavne materije

Ni u Zakoniku ni u građi koja svjedoči o postupku njegove izrade, nema izdvajanja ustavnih normi kao posebne cjeline, niti im pripada posebno mjesto u sistematici ovog pravnog akta. To ne znači da im Bogišić nije posvetio pažnju, već naprotiv, i u ovom slučaju, potvrđuje da se u spisku izvora ustavnog prava nalaze svi oni zakoni koji utvrđuju organizaciju vlasti i ljudska prava i slobode, čineći na taj način jedinstvo *materiae constitutionis*. OIZ se svakako može kategorisati u tu vrstu zakona i označiti kao pravni akt koji ima svoje mjesto u istoriji crnogorske ustavnosti.

Ustavne objave

U namjeri knjaza Nikole da se pristupi izradi OIZ-a nalazi se i zamisao da na taj način treba utvrditi “novi početak” u razvoju crnogorskog prava. To potvrđuju i knjaževi iskazi (objave) koji su predstavljali podlogu za vođenje zakonodavne politike. Dati su u različitim prilikama i okolnostima

³ U tom pravcu sadržajnošću se izdvaja djelo Z. Rašovića, Bogišićeve pravne izreke (skladnosti između rimskopravnog i crnogorskog narodnog vrela), CANU, Podgorica, 2016.

nagovijestili su nove stranice u izgradnji pravnog sistema nastajuće suverene države.

Prva će proisteći iz opredjeljenja da prioritet u “zakonodavnoj radnji” treba da bude izrada imovinskog zakonika. Međutim, još pri planiranju “zakonodavne radnje” Bogišićev pravnički genije opredijeliće da sastavni dio tog pravničkog zahvata bude i ugradnja odredbi ustavnog karaktera koje bi, u mogućoj mjeri, nadomjestile nepostojanje ustavnog osnova oličenog u najvišem pravnom aktu. Osim toga, smisao ustavnih odredbi u OIZ-u ima i objašnjavajući, edukativni značaj, ponekad i sa primjesama komentara zakona.

Druga objava proističe iz pisma knjaza Nikole Alekseju Semjonoviču Joninu, ruskom konzulu u Dubrovniku, 11. avgusta 1872. godine, u kome predlaže Bogišića kao najpogodniju ličnost za izradu zakonika. Knjaz, pored ostalog, ističe “Jedna od neophodnih potreba, koje se u Crnoj Gori osjećaju, jest bez svake sumnje dobar zemaljski Zakonik, koji bi se imao sastaviti shodno potrebama, okolnostima, osjećanjima, tradicijama i običajima postojećim u ovoj Knjaževini, u kojima bi se Zakonikom opredijelili i utvrdili različiti otnošaji prema Vladaru, Zemlji (podvukao M.V.) i porodicama, da bi se tim načinom kredit, ove male, ali slobodne države, pred očima okolnih zemalja uzdigao i učvrstio, i pred Evropom da bi se opravdao onaj dosadašnji prijekor s neuređenih zemaljskih zakona”.

Treću objavu nalazimo u Bogišićevoj namjeri odredbe ustavnog karaktera budu sadržane u strukturi Ankete o pravnim običajima u Crnoj Gori, Hercegovini i Arbaniji, koja je bila osnova za spoznaju “narodnog prava”. Tako se, u sadržaju Ankete, pod oznakom XVI-38 nalazi i dio pod naslovom “Državno pravo”, dodatno razvrstan u 16 tematskih cjelina. Neka od pitanja i odgovora koji se odnose na ustavnu materiju imaju širi, pravno-filozofski značaj i osvetljavaju različite segmente trajanja i primjene prava, odnosa običajnog i pisanog prava, popunjavanja pravnih praznina, primjene prava susjednih država i sl.⁴ Ovaj dio Bogišićevog stvaralaštva

⁴ U tom pravcu je npr. upit o odnosu samosuda i suda i odgovor koji je tim povodom dao jedan od poznavalaca tadašnjeg crnogorskog prava vojvoda Marko Miljanov. Detaljnije u: R. Prelević, Odgovori Marka Miljanova u Bogišićevoj anketi o pravnim običajima, Podgorica, 2016, str. 240.

objavljen je kao poseban rad, od strane S.Borovskog, i u njemu je „podrobnije“ nego i u jednom radu ranije analizirana struktura crnogorske države.⁵ Na taj način Bogišića možemo smatrati jednim od začetnika izučavanja organizacije države kao osnovnog sadržaja ustavnopravne nauke.

I četvrto, zaokruživanje knjaževne pravne politike po ovom pitanju sadržano je u Proglasu od 25 marta 1888. godine, kojim se u formi svojevrsne preambule “daje na znanje i objavljuje” donošenje OIZ-a. Konstatovano je da se to čini u uslovima “opšteg priznanja njene (crnogorske - prim. M.V.) samostalnosti, kao potpuno nezavisne jevropske države”, i zaokruženo ocjenom da “Ništa tako ne unapređuje pravilan razvitak naroda i država, da im ništa tako ne utvrđuje blagostanje, kako dobro uređeno, svud i za svakoga jednako pravosuđe”. U istom tekstu nalazi se i osvrt na vrednosni supstrat Zakonika sadržan u riječima da se prilikom njegove izrade “glavna pažnja obraća na narodne pojmove o pravdi i pravici”.

Ustavni zapisi i „zakonjače“

Odredbe ustavnog karaktera nalaze se u prvom i šestom dijelu Zakonika, kao i u okviru pravničkih izreka koje su date na njegovom kraju. Takva mjesta u sistematici nagovještavaju i njihovu sadržinu, koja u najvećoj mjeri ima odluke ustavnih principa. Razlog za ovakav Bogišićev pristup nalazi se u činjenici da je na taj način nadomještavao nepostojanje standardnih ustavnih normi koje bi bile sadržane u najvišem pravnom aktu. Takođe, to je olakšavalo primjenu OIZ-a u uslovima nepostojanja dovoljnog broja diplomiranih pravnika.

U prvom dijelu Zakonika (Uvodna pravila i naređenja), Razdio I (O zakonima I) sadržane su odredbe koje imaju ustavne odlike, a odnose se na izvore prava (članovi 2, 3 i 4 i 5) i odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava (čl. 6., 8 i 9).

I šesti dio Zakonika (Objašnjenja, određenja, dopuna), razdio I (Poglavito o uvodnim pravilima i naređenjima – Dio prvi) sadrži principe i institute koji imaju odlike ustavnog

⁵ P. Vojinović, Pogledi V.Bogišića na strukturu crnogorskog društva, Zbornik „Stogodišnjica Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru“, CANU, Podgorica, 1989, str. 89.

karaktera. Tako su utvrđeni sljedeći principi: Proglašenje zakona i stupanje na snagu zakona (član 771); Zabrana povratnog dejstva zakona (član 773); Princip *Lex posterior derogat legi priori* (član 774); Odnos zakona i običajnog prava (član 779.); Mjesto sudske prakse kao izvora prava (član 781); Odnos prava i pravde („suđenje po pravdi i pravici“) i Odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava, priznanje presuda inostranog suda i prava stranih državljana (članovu 786 – 800).

Osim toga, u istom dijelu Zakonika, u razdjelu VIII pod nazivom „neke zakonjačke (pravničke) izreke i postavke koje, i ako ne mogu zakona ni preinačiti ni zamijeniti, mogu mu, ipak, objasniti razum i smisao“. (članovi 987 -1031) sadržan je određeni broj principa koji su od značaja i za ustavnu materiju. Ti principi su u vidu sentenci dati narodnim jezikom kako bi na razumljiv način bili predloženi stanovništvu. U pismima svojim savremenikima Bogišić će ustvrditi kako mu je pretakanje *regulae iuris* u ove izreke činilo značajan stručni izazov. Međutim, konačan oblik ovih izreka približio ga je idealu normotvorstva – jedna misao, jedna rečenica, jedna odredba, ili Jeringovom pravilu po kome treba „Misliti kao filozof, a govoriti kao seljak“.

U spisku Bogišićevih zakonjačkih pravnih izreka koje, u širem smislu, imaju ustavni karakter izdvajamo sljedeće: „Zakon je za svakoga zakon“ (član 987); „Zakon je zakon, ma kako opor bio“ (član 988); „Ne sudi se po primjerima, nego po pravilima“ (član 992); „Ko samo zakonske riječi znade, taj zakona nezna, dok mu ne shvati razum i smisao“ (član 993) „Nikom se ne krati da uživa ono što je po prirodi svačije, ili što je određeno da svakome služi“ (čl. 996); Tvoje sveto a i moje sveto: svoje čuvaj u moje ne diraj (član 997); I što nije zabranjeno može da ne bude pošteno (član 999); Ni svojim se pravom služiti nemoš, tek drugome na štetu ili dosadu (član 1000); Što ti zakon dadne, niko ti ne ote (član 1002); Ko prije steče kakvo pravo, njemu je i prvenstvo (član 1003); Što jednom po zakonu stečeš, tvrdo ostaje i kad bi se zakon izmijenio (1005); Što se grbo rodi, vrijeme ne ispravi, što je s početka nezakonito to samim vremenom zakonito ne postaje (član 1006); Pravdi je nasilje najgori protivnik (član 1011; Kažeš li o kakvoj stvari „moja je“, to je najviše što kazati možeš (član 1015); Razgovor je razgovor, a ugovor stranama zakon

(član 1020); Što se uglavi pred javnom Vlašću, najtvrđe je i najbistrije (član 1023); Ko svoje pravo zapušta, nek sebe krivi ako ga izgubi (član 1031).

U okviru navedenih odredbi ovom prilikom će biti bliže prikazane samo one koje imaju dominantno ustavni karakter i koje mogu poslužiti kao ilustracija Bogišićevog „ustavotvorstva“, a takve su: Odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava (članovi 7, 8 i 9) Proglašenje zakona i stupanje na snagu zakona (član 771); Zabrana povratnog dejstva zakona (član 773); Zakon je za svakoga zakon (član 987); „Ko samo zakonske riječi znade, taj zakona nezna, dok mu ne shvati razum i smisao“ (član 993); Tvoje sveto a i moje sveto; svoje čuvaj u moje ne diraj (član 997) i u vezi sa njim; Kažeš li o kakvoj stvari „moja je“ to je najviše što kazati možeš (član 1015).

Određenja u članovima 6, 7, 8 i 9 OIZ-a imaju karakteristike osnovnih (opštih) odredbi u strukturi najvećeg broja ustava). Sa stanovišta sistematike ona su tako i naslovljena – „Uvodna pravila i naređenja“. Pojedini autori daju im obilježja kratkih objašnjenja „frazu i riječi“ (Z. Rašović) a po njihovoj prirodi i svrsi razlikuju ih od objašnjenja koja su sadržana u šestom dijelu Zakonika. U naznačenim članovima, šire posmatrano, utvrđen je odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava, što je sastavni dio ustavne materije.

Članom 6 utvrđuje se kao opšte određenje primat unutrašnjeg prava, sa osloncem na prethodni član po kome „crnogorski zakoni i pravila vladaju uopšte u crnogorskoj državi“. U članu 6 sadržana je i upućujuća norma u slučajevima kada „crnogorski zakoni ustupaju mjesto inozemcima“ (članovi 786 - 800). U drugom stavu ovog člana navodi se da to važi u slučajevima kada ta „pravila“ ne „sužuju ili izmjenjuju“ odredbe iz „naređenja članaka 7, 8 i 9, koji dolaze za ovim, ili kakvim međunarodnim ugovorom ili pak osobitim zakonom“.

U članu 7 se dodatno uređuje primjena „zakona tuđe zemlje“ u izričito navedenim slučajevima“, dok će u slučaju „dvoumljenja o njihovim sadržaju“ sudovi polaziti od pretpostavke (oborive) da su oni jednaki sa crnogorskim zakonom.

Član 8 uređuje priznavanje stranih zakona navodeći da to neće biti slučaj ako su oni protivni crnogorskim zakonima

javnog reda i „obezbjede“ (sigurnosti), „blagonaravljaju“ ili ako „povlađuju neku nečovječnu ustanovu“ (ropstvo i dr.).

Institut reciprociteta („uzajmice“) u imovinskim poslovima sa drugim državama utvrđen je u članu 9 OIZ-a, a za stvaranje normativnog okvira njegove primjene nadležni su Ministarstvo pravde i Državni savjet.

U odjeljku „O zakonima i pravilima u opšte“ odredbe su strukturirane u članovima 771-785.

U početnom članu ovog odjeljka (član 771) su one odredbe koje se odnose na stupanje na snagu zakona (član 771). U prvom i drugom stavu ovog člana odredbe su oblikovane u standardnoj (ustavnoj) formi i imaju šire značenje od onoga koje uobičajeno odlikuje sadržaj imovinskog zakonika. Tako je propisano da je zakon „postavljen“ (usvojen) kada ga zakonodavac ukazom potvrdi tj. kada usvoji akt za njegovo proglašenje. U trećem stavu ovog člana navedeno je da je sastavni dio proglašenja zakona njegovo objavljivanje u službenom glasilu, ali i to da će se za OIZ ukazom propisati poseban način proglašenja.

U članu 773. utvrđena je zabrana retroaktivnosti, osnovnim određenjem po kome „zakoni ne djeluju natraške“. Propisano je da se u cilju pravne sigurnosti i zaštite stečenih prava novi zakon ne može primjenjivati na pravosnažno okončane sporove.

Načelo jednakosti pred zakonom kao temeljni princip vladavine prava utvrđeno je riječima – „Zakon je za svakoga zakon“, sadržanim u početnom članu Razdjela VIII pod naslovom: „Neke zakonjačke (pravničke) izreke i postavke koje, i ako ne mogu zakona ni preinačiti ni zamijeniti, mogu mu, ipak, objasniti razum i smisao“. Na ovaj način nastavlja se nit sadržana u „preambuli“ Danilovog zakonika po kojoj će se „suditi Crnogorcu i Brđaninu, malom i velikom, bogatom i siromahu, jednako po razlogu, da svaki svoju pravicu imati može“, a sublimirano u članu 1. ovog zakonika („Svaki Crnogorac i Brđanin jednak je pred sudom“. Ovu izreku pravni pisci smatraju ekvivalentnoj latinskoj maksimi *Nemo est supra leges* (Niko nije iznad zakona).⁶

⁶ To navode D.Stojčević i A.Romac u *Dicta et regulae iuris* (latinska pravna pravila, izreke i definicije sa prevodom i objašnjenjima) Beograd, 1984, str. 311.

Osnovni princip u tumačenju prava iskazan je riječima „Ko samo zakonske riječi znade, taj zakona ne zna, dok mu ne shvati razum i smisao“ (član 993). U XX vijeku smisao ove izreke Andrić će osvijetliti riječima: „Nije stvar u riječima nego u onome što one stvarno kazuju ili što bi htjele da kažu; znači u namjerama koji imamo upotrebljavajući ih, u smislu koji im dajemo kada ih izgovaramo ili pišemo“. U XXI vijeku ove misli će biti zaokružene sa „pravom na obrazloženu presudu“ u praksi Evropskog suda za ljudska prava.

Neprikosnovenost i nepovredivost svojine kao prava sadržana je u članu 997 OIZ-a riječima: „Tvoje sveto a i moje sveto, svoje čuvaj u moje ne diraj“, i u članu 1015 koji glasi: „Kažeš li o kakvoj stvari „moja je“ to je najviše što kazati možeš“. Ovim određenjem konstituisano je pravo svojine koje je sastavni dio kataloga socijalno-ekonomskih prava u modernim ustavima, a čije ishodište nalazimo u prvim deklaracijama o ljudskim pravima. Garancija ovog prava bila je preduslov bržeg i sigurnijeg pravnog prometa na unutrašnjem, i posebno na međunarodnom pravu. Polazeći od ovog određenja u zaštiti svojinskih ovlašćenja pojedinca kasnije će ona biti zakonski uređena normama krivičnogpravnog karaktera. Na taj način će „svetost svojine“ u duhu rimske pravne tradicije biti sastavni dio crnogorskih ustavnih tekstova, sve do današnjeg po kome se „Jamči pravo svojine“ (član 58 Ustava).

Zaključna ocjena

I na primjeru Crne Gore je uočljivo da se Ustavno pravo teže ustanovljavalo od ostalih grana prava, budući da je u nerazvijenoj pravnoj sredini lakše slijediti put pravne kazuistike, nego utvrđivati apstaktne pravne pojmove i načela javnog prava. Ovo posebno u sredini koja je tek nepuni vijek prije OIZ-a imala svoje prve pisane pravne akte.

U nedostatku Ustava kao najvišeg akta ustavni značaj su u većoj mjeri dobijale zakonske odredbe, a naročito one koje je odlikovala zasnovanost na principima modernog prava i utemeljenje na rimskoj pravnoj tradiciji. Odredbe OIZ-a koje imaju ustavni karakter primjereno su i sistematizovane, u početnom i završnom dijelu. U početnom, sa ciljem da daju okvir i smjer primjene ostalih odredbi, a u završnom, da imaju

funkciju objašnjenja „razuma i smisla“ Zakonika, uključujući širu pravno-edukativnu funkciju.

U tom smislu je značajan i Bogišićev doprinos ustavnoj legitimaciji Crne Gore, sadržan kako u brojnim pravničkim djelima, tako i u pripremi velikog broja pravnih akata među kojima OIZ zauzima posebno mjesto. Ukupno, to se ogleda u: 1) razvoju pravne kulture; 2) usavršavanju tehnike u izradi pravnih akata; 3) procesu građenja države; 4) afirmaciji međunarodnopravnog ugleda Crne Gore; 5) afirmaciji građanske ideje u crnogorskom društvu; 6) razvoju individualnih prava, naročito u socijalno-ekonomskoj sferi i 7) ukupnom društveno- ekonomskom razvoju Crne Gore

Na kraju, Bogišićeva misao nije gubila na aktuelnosti na raskršćima tri vijeka, o čemu govori D. Milojević. Pokazuje to odredba iz člana 1000 OIZ-a „Ni svojim se pravom služiti nemoš tek drugome na štetu il dosadu“, koju će Bogišić sazdati pri kraju XIX vijeka. U XX vijeku će je Mihailo Konstantitović oblikovati riječima: „U zaštiti svog prava neće se pogodovati ciljevima koji su protivni njegovoj svrsi“, a u XXI vijeku tvorci prakse Evropskog suda za ljudska prava će nastaviti ovaj niz ustanovljavajući sintagmu „legitimnost cilja“ o kojoj se danas toliko govori i piše. Sve to zajedno potvrđuje englesku poslovicu po kojoj „veliki ljudi misle slično“, a pravni genije iz Cavtata je pripadao tom krugu.

Prof. dr Damjan ŠEĆKOVIĆ¹

VLAŠTINA, IMOVINA I SUVLAŠTINA U OPŠTEM IMOVINSKOM ZAKONIKU

U tekstu su interpretirane odredbe o: svojini, susvojini i imovini onako kako su date u Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru, ali pod narodnim nazivima koje je Bogišić prihvatio u zakoniku: vlastina, suvlastina i imovina. Pokazane su sadržinske razlike između ovih pojmova i naglašeno da postoji osnova kako se na tim normama mogu da inoviraju, nadograđuju i prave iskoraci u novu praksu kada se definišu savremene norme o ovoj problematici. Svojina je interpretirana kao opšti pojam-genus. Uz savremenu određenost ovih pojmova nabrojene su i kratko interpretirane neke osnovne ekonomske funkcije svojine i njena ograničenja.

Zaključna razmatranja posvećena su značaju interpretiranih odredbi Zakonika i samog Zakonika kao takvog.

Uvodne napomene

Dobijanjem nezavisnosti na Berlinskom kongresu 1878 godine i razgraničenjem sa Turskom, Crna Gora je kao tipična siromašna seljačka zemlja u kojoj se živjelo od stočarstva i zemljoradnje, proizvodilo, i to nedovoljno, za potrebe unutar porodice "stanovništvo je živjelo na ekonomskom, kaloriskom i higijenskom minimumu".² Počinje period konsolidacije države i njen rast i razvoj. Razvija se trgovina i saobraćaj, niču prva industrijska preduzeća, počinju oblici razvijene i niču prva akcionarska društva. Počinje tzv. Prvobitna akumulacija kapitala i uspostavlja se kapital odnos. Društvo počinje da se imovinski struktura. Bogati se glavarski sloj, sloj ratnika, zanatlija, trgovaca, činovnika. Privatna svojina postaje osnovni produktivni odnos.

¹ Autor je profesor na Pravnom fakultetu Univerzitetu „Mediterran“

² Miloš Vuković: Knjaz Nikola I Petrović-Car junaka, izdavač Daily Press Podgorica 2018 god. str. 44

Zaživljavaju kapitalistički odnosi i ovim promjenama morala je da odgovara i adekvatna regulativa koja te promjene podstiče, usmjerava ili označava okvire u kojima se mogu kretati. Za široku oblast imovinskog prava to je bio Opšti imovinski zakonik. OIZ je sve te promjene trebao da omogući, ali istovremeno da ostane ukorijenjen u životu i običajima naroda saobražen načelima građanskog prava razvijenih evropskih država. Zakonik je pisan pravnom terminologijom koja odgovara potrebama razvoja Crne Gore a koju je tadašnja građanska svijest mogla da razumije. Stožerna osnova zakonika su imovinski odnosi i oblici njihovog pravnog izražavanja i regulisanja.

OIZ nema samo vrijednost u briljantnom korišćenju narodnog jezika i njegovom pretvaranju u jezik modernog prava, nego u tome što je duh zakonika omogućavao, podsticao i usmjeravao u prodore novog-najviše savremenih društveno - ekonomskih odnosa. Jasnost i razumljivost je velika vrlina zakonika. U ovom tekstu nastojimo da pokažemo kakvo je shvatanje OIZ: svojine (vlastine), susvojine (suvlastine) i imovine i kako ima punu osnovu za savremeno značenje i shvatanje ovih pravnih institucija.

Vlaština (svojina)

1. Svojina je nastala iz čovjekove borbe za opstanak. Prvo je nastala faktička svojina,³ što će reći njeno ekonomsko poimanje, a iz tog poimanja razviće se i pravo svojine ili pravna svojina. Proces nastanka svojine išao je prvo preko plemena, zatim porodice i na kraju individue. U porodici se i začeo pojam o pravu svojine. Ovo je put nastanka svojine u Crnoj Gori. Svojinu je narod u Crnoj Gori nazivao "vlastinom", ponegdje se upotrebljavao, sa istim značenjem, i pojam "Sopstvenost". Danas se ti pojmovi rijetko ili skoro nikako ne upotrebljavaju.

U Bogišićevoj interpretaciji svojina se naziva vlastinom koristeći taj narodni izraz. Evo odredbi OIZ koji određuju ovu pravnu instituciju.

³Gavro Vuković: Istorijski razvitak prava svojine od Rimskog doba pa do danas- Centar za kulturu ITP "Kolo"-Nikšić- reprint izdanje str.65

Član 831

1."Vlaština je po svome sadržaju pravo najprostranije vlasti koju zakon nad nekom stvarju priznaje (93). Ko god to pravo ima (koje mnogi i svojinom nazivaju) biva vlasnik.

Sve što je inače u nečijoj imovini, kao: prava u tuđoj stvari ukorijenjena, prava na nečije djelo ili radnju, novac i drugo što mu je na dugu, sve je to, razumije se, njegova imovina, ali nikako vlastina".

Član 832

"Suvlaština biva, kad su dvojica ili više njih udionici u vlastini kakve ne razdijeljene stvari, svaki prema svome tek misli određenome dijelu. Ti se udionici zovu suvlasnici.

Svaka imovinska zajednica plemena, imaoničkog društva itd. nije suvlastina, nego posebna vlastina nelična imovina".

Član 833

Sam pojam i priroda vlastine sa sobom donosi da, kad god neko, kojim nezakonitim načinom oduzme vlasniku stvar, ili je inače pri sebi nezakonito zadržava, vlasnik je može opet sebi pribaviti. To povraćanje, koje se zove vlasnički preuzam, biva pomoću suda, i to samo pod uvjetima i načinima koje sam zakon određuje (97, 102)."⁴

Sušтина ovih normi OIZ pokazuju osnovu na koju se oslanja savremena interpretacija institucije svojine. Evo te suštine.

Svojina je ekonomska institucija koja određuje način korišćenja, upotrebe i raspolaganja stvarima. Svojina i prava svojine su dva različita pojma. Pravo svojine je apsolutno pravo monopol, vlast nad stvarima. To znači da pravo svojine isključuje sva druga lica od korišćenja, upravljanja i raspolaganja izuzev vlasnika u posredovanju predmeta svojine. Ograničenja mogu biti u korišćenju prava svojine samo ona koja su zakonom utvrđena kao obaveze u pravnom poretku. Pojam svojine za razliku od prava svojine je prevashodno vezan za ekonomski moment čija je suština u prisvajanju materijalnih dobara od strane nekog lica. Prisvajanje je ekonomski proizvodni odnos koji je prirodni uslov ljudske egzistencije. Čovjek prisvaja proizvođači u okviru određenih

⁴Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru-Izabrana dijela Podgorica-Beograd 1998 godine str. 128- Zbornik građanskih zakonika, Stare Jugoslavije.

proizvodnih odnosa. Te odnose određuje i uspostavlja svojina. Svojina je dakle pravo na prisvajanje. Prisvajanje je proces koji je imanentan ljudskom društvu. Onaj koji posjeduje sredstva koji je vlasnik, prisvaja zbog toga što je vlasnik, a to mu pravo daje svojina.

Svojinu možemo posmatrati kao genus, kao opšti pojam. Ako se sa tog apstraktnog nivoa spustimo u praksu onda govorimo o:

- privatnoj svojini,
- državnoj ili javnoj,
- akcionarskoj,
- zadružnoj,
- mješovitoj
- ličnoj i dr.

Ovdje se zadržavamo, kako je to i u OIZ, na opštem pojmu svojine. Institucija svojine omogućava različite efekte ekonomske aktivnosti. Zato se i kaže da svojina predstavlja 9/10 (devet desetina) prava.

Tu važnost naglašava i Bogišić: "Kažeš li o kakvoj stvari "moja je" to je najviše što kazati možeš".⁵

Načina kojima se stiče svojina ima više.⁶

Sticanje vlastine "svojine" sudskim putem potvrdom ("maticom") koju ovjerava sudija svojeručnim potpisom (čl.834);

Ugovorom, prenosom na budućeg vlasnika, zakonskim propisanim postupkom prenosom pokretnih i nepokretnih stvari, kao i stvari koje su date u količini tzv. "suvrstne stvari" (žito, vino, ulje i dr.) čl.836,840;

-Predaja može biti "ne samo djelom",839 nego i zakonom;

-Predaja održajem je takođe način sticanja svojine u roku koliko zakon za pojedine slučajeve određuje (čl.845).

U 15 članova kojim je pravno regulisan način sticanja svojine, iscrpno su date sve varijante sticanja, tako da i savremenom zakonodavcu to može biti sigurna osnova za oblikovanje savremenih normi u ovoj problematici.

2. I movina u OIZ ima savremeno značenje bez obzira što se ovaj pojam tek u XIX vijeku razvio u pravnoj teoriji. Imovina

⁵Opšti imovinski zakonik, čl.1015

⁶Isto, članovi od 834-849 OIZ

je skup imovinskih prava koja pripadaju jednom licu. Predmet imovine su stvari i druge ekonomske vrijednosti koje se zajednički nazivaju imovinska masa. Sve te stvari se mogu izraziti u novcu, što omogućava njihov promet. Pojam imovine vezan je za pojam subjekta.

Ne može se zamisliti subjekat u pravnom prometu bez imovine. Imovina je jedinstven pojam može se upotrebljavati u različitom značenju, na pr. imovina se označava kao svojina, imovinom se označavaju nepokretnosti, a imovinom se označava i skup dobara koja čine imovinsku masu.

Ovdje je riječ o imovini koja se razlikuje od svojine, a koja može biti svojina. Dakle, svaka svojina može biti imovina, ali svaka imovina ne može biti svojina. U ekonomiji se svojina i imovina razlikuju u sledećem:

-Imovinom se podmiruju i regulišu obaveze bilo da se radi o pravnom ili individualnom (pojedincu) subjektu;

-Svojinom se, pak obezbeđuje kontrola upotrebe i trošenja sredstava što je izuzetno značajno za efikasnost poslovanja i racionalno zadovoljavanje potreba.

Kada imovina nije svojina? To su situacije:

-Kada "sve što je u nečijoj imovini, kao: prava u tuđoj stvari ukorijenjena"(čl.831);

-Kao "Pravo na nečije djelo ili radnju" (čl.831);

-Kao "Novci i drugo što mu je na dugu" (čl.831);

-Ostavina nepodijeljena za slučaj smrti ostavioca;

-Zajednička imovina bračnih drugova nepodijeljena;

-To su sredstva različitih fondova u preduzeću;

-Sredstva invalidskih i penzionih fondova;

-Sredstva iz nacionalizacije;

-Neto imovina preduzeća kao razlika između vrijednosti aktive i vrijednosti obaveza. I odredbe OIZ o imovini služile su za implementaciji u savremenu praksu i odnose pojmova svojine i imovine.

3. Suvlaština je takođe pojam koji se različito upotrebljava kao: susvojina, suvlasništvo, suvlaština.

To je pravo privatne svojine koja ima dva ili više titulara. Susvojina se razlikuje od zajedničke svojine po tome što se kod susvojine znaju djelovi koji su jasno određeni. Kod zajedničke svojine djelovi se ne znaju i ne zna se koliko kome pripada. Takva je na primjer zajednička svojina bračnih drugova. Kod susvojine ako nešto drugo nije zakonom ili ugovorom

predviđeno uzima se kao da su kvote suvlasnika jednake. Kvote suvlasnika odnose se na sva ovlašćenja iz kojih se sastoji pravo svojine.

Prema tome kod susvojine pravo svojine je podjeljeno.

Pravo svojine kod susvojine podijeljeno je po obimu. Svakom pripada srazmjerni dio svakog ovlašćenja iz kojeg se sastoji pravo svojine. Svaki suvlasnik srazmjerno količini svoje kvote ima pravo na plodove i koristi od stvari koja je predmet susvojine, a po istoj srazmjeri snosi i terete, odnosno troškove oko održavanja stvari.

Suvlaština (susvojina) je u Opštem imovinskom zakoniku regulisana članovima od 103 do 110.(čl.832).⁷ Svaki suvlasnik koristi svoj dio "ali tako kako neće kršiti prava ostalih suvlasnika" (čl.103).

Kada je u pitanju upravljanje i korišćenje "Zajedničkom stvarju, svakoga suvlasnika vezuje ono što odluči višina njih, pošto svaki iskaže svoju želju i mišljenje. Višina se ne broji po glavama nego po djelovima, ako nije što drugo određeno bilo".(čl.104)

Suvlasnik može samostalno raspolagati svojim dijelom, može ga pokloniti, zavještati, prodati. Po OIZ ostali suvlasnici imaju pravo preče kupovine ali samo u pogledu nepokretnosti (čl.107).

Ako je suvlasnička stvar djeljiva svaki suvlasnik može zahtijevati fizičku dijobu i prodaju u visini koja odgovara veličini njegove kvote (čl.108).

Ako je stvar nedjeljiva da se ne može fizički podijeliti a da se ne upropasti ili fizički oštetiti, a između suvlasnika se ne postigne saglasnost, sud prema prilikama i višoj koristi njih svijeh odlučuje: da će dobro ostati jednome ili nekolicini suvlasnika koji ponude višu cijenu, a da se ostali tim novcem namire: ili će se dio onoga koji traži diobu prodati i njemu novac dati, a ostali suvlasnici ostati među se u pređašnjoj vezi: ili će se na pokon cijela zajednička stvar javno prodati izvađeni otuda novac, prema dijelovima podijeliti"(čl. 109).

I dio o suvlaštini sadrži više mogućih situacija u kojima se suvlasnici mogu naći. Te i takve situacije praksa i život i danas nameće. To nije samo karakteristika za ovaj pravni problem

⁷ 5/ OIZ,isto str.28-29 članovi 103-110

nego i za mnoge druge sadržane u zakonu i u tome se vidi snaga zakona.

Ekonomске funkcije svojine i ograničenja

Svojina u svom najširem smislu je krajnja osnova i unutrašnja suština odnosa proizvodnje koji postoje u svakom ljudskom društvu. Odnosi proizvodnje ne samo da zavise od toga ko i kako prisvaja, već se u svojoj biti svode na prisvajanje. Svojina u ekonomskom smislu, prije svega, je pojam za prisvajanje a to znači za korišćenje stvari, sredstva za proizvodnju i predmeta za potrošnju za ljudske potrebe. Prisvajanje je bitan ekonomski- proces, bitan društveno ekonomski odnos, jer taj odnos u sebi sadrži ekonomsku svrhu procesa proizvodnje-korišćenje proizvoda kao rezultata čovjekovog rada za njegove potrebe. Moglo bi se reći da je svojina u ekonomskom smislu vječna kategorija. Svojina je postojala, postoji i postojaće u svakom ljudskom društvu. Ono što se u istorijskom smislu i razvoju mijenja to je prisvajanje. Drugim riječima mijenja se nivoi ekonomsko-tehničkog razvoja proizvodnih snaga i odnosa proizvodnje od kojih zavise i drugi društveni odnosi.

I ekonomsko određenje svojine još potpunije objašnjavaju njene funkcije. Ekonomskih funkcija svojina ima više.

Ističemo one najvažnije:

1. Uvijek je resursa manje nego što su ljudske potrebe. Ta oskudnost i ograničenost zahtijeva racionalno i efikasno korišćenje. To je prva funkcija svojine.

2. Svojina kao ekonomska institucija povezuje subjekte u korišćenju, vrednovanju i usmjeravanju ljudskih interesa prema čuvanju i uvećavanju sredstava i dnošenju odluka o načinu korišćenja resursa.

3. Svojina ima distributivnu funkciju. A suština te funkcije je u ustupanju svojinskih prava drugim korisnicima uz odgovarajuću cijenu. To ustupanje podrazumjeva efikasnu i racionalnu upotrebu i ostvarivanje dohotka i vlasniku i onom kome se sredstva ustupaju (zakupac, arendator).

4. Vlasnik ima ovlašćenja da može da donosi odluke o načinu korišćenja i upotrebe svojine. Ta funkcija svojine proističe iz karaktera prava svojine koje se iskazuje u tome da je svojina najveća vlast i ekskluzivitet na stvarima (resursima).

Ova funkcija je pretpostavka za ostvarivanje ekonomskih sloboda koje omogućavaju kreativnost, inovativnost, motivisanost i traženje najboljih rešenja.

5. Svojina ima funkciju alokacije. Ova funkcija proističe iz ovlašćenja koja vlasnik ima na svojini. Alokacija znači da se resursi usmjeravaju i koriste u najpovoljnije lokacije iz kojih se mogu dobiti najbolji rezultati korišćenja.

6. Motivaciona funkcija svojine je značajna jer motiviše na efikasno i racionalno ponašanje. Svojina omogućava kontakte titulara svojine kao donosioca odluka sa rezultatima aktivnosti na korišćenju resursa. Ovom funkcijom vlasnik je direktno motivisan da bude nagrađen, da smanjuje rizik i neizvjesnost u poslovanju

7. Svojina ima kontrolnu funkciju jer omogućava kontrolu nad upotrebom i korišćenjem sredstava u svojini.

8. Svojina je garant tržišne discipline jer trgovati sa stvarima u svojini može samo vlasnik ili neko na koga vlasnik prenese svoja vlasnička prava u smislu ovlašćenja.⁸

Svojina može biti nepotpuno određena, može da nema potpunu specifikaciju prava svojine, a to znači da svojina može biti lišena ili loše zaštićena. Ta se situacija u savremenoj teoriji na Zapadu naziva "Podrivanje svojine".

II Svojinska prava mogu biti ograničena. Sadržina svojine i njena ograničenja čine jedinstvo. To jedinstvo izražava se u smislu da svako pravo vlasnika da nesmetano koristi stvar i da se suprostavlja svakome uznemiravanju, istovremeno je ograničeno obavezama vlasnika da trpi neka uznemiravanja koja imaju pravnog osnova u vršenju tog prava od strane trećih lica.

Ogranočenja svojine mogu biti dvojaka: Ograničenja u javnom interesu i ograničenja u interesu pojedinca.

Ograničenja u javnom interesu mogu se manifestovati u više oblika i to: ograničenja na zemljištu, ograničenja radi zaštite prirode, ograničenja zbog urbanističkih potreba, ograničenja u cilju zaštite kulturnih dobara, ograničenja radi zaštite spomenika, ograničenja u cilju zaštite morskog dobra I dr.

⁸ Prof. dr. Damjan Šečković: Osnovi ekonomije, Univerzitet Mediteran, Podgorica, 2013 str. 67i 68.

Ograničenja svojine u interesu pojedinaca ispoljavaju se kao ograničenja koja se konstituišu u korist trećih lica ili ograničenje u korist samo pojedinih lica.⁹

Zaštita svojine vrši se putem svojinskih tužbi.¹⁰

Zaključna razmatranja

Bogišić kao veliki poznavalac slovenskog prava bio je svijestan da se život živi s pogledom unaprijed, ali da se samo s pogledom unatrag može razumijeti. Zato je izvršio podjelu običaja: na one koji odražavaju životne potrebe, koji žive jer su ukorijenjeni u narodnu svijest i na one koji su zastarijeli pa ih narod počinje da napušta. To je naročito bilo karakteristično za ona običajna pravila čije su promjene zahtijevale potrebe ekonomskog razvoja. Bogišić je dobro znao da ako vlasnička struktura nije jasno određena, uređena i pravno zaštićena, onda ni država nema sigurnu i stabilnu osnovu za razvoj.

Imao je Bogišić pri tom u vidu da se mlada Crnogorska država u novo vrijeme ne može odricati dobrih običaja i jednog načina života koji je decenijama i vjekovima življen na tim prostorima.¹¹ Staro društvo osnovano na plemenskim patrijahalnim odnosima¹² lomi se u sukobu sa novom klasnom strukturom i novim odnosima. Te okolnosti nameću promjene. Bogišić je bio svjestan da se i u pravnoj regulativi moraju praviti prodori u novu praksu i odnose. Zato je norme zakonika pravio tako da izražavaju običajno pravo, ali da su istovremeno i savremene i u duhu dostignuća evropskog prava. Ono što je posebno važno istaći jeste da zakoni ne stvaraju život nego da život stvara zakone i da snaga zakona ne potiče iz moći zakonodavca, već se mora izvoditi iz snage narodnog života, iz uslova, okolnosti i potreba sredine kojoj je zakon namjenjen. Tako je pravljen OIZ. Norme zakonika o kojima je riječ u ovom tekstu su stvarane, na način da odražavaju stvarno stanje života naroda ali i da omogućavaju da se odnosi inoviraju, nadograđuju, usavršavaju i da se na njihovoj osnovi

⁹ isto, str. 69.

¹⁰ *actio megatoria* I njeni oblici.

¹¹ Jelena Danilović: *Sto godina OIZ za Crnu Goru- istorijsko pravne studije*, Pravni fakultet- Podgorica 2002 godina.

¹² Fridrih Engels: *Porijeklo porodice, privatne svojine i države* Kultura, Beograd, 1950 god.

može pravno reglementirati sadržina imovinske problematike koje savremeni trendovi kretanja nameću. Možda baš norme o vlastini, suvlastini i imovini iz OIZ to najbolje pokazuju.

Др Радомир ПРЕЛЕВИЋ

**ДОПРИНОС МАРКА МИЉАНОВА
БОГИШИЋЕВОЈ АНКЕТИ**

Др Валтазар Богишић је стекао свјетску славу изградом Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору од 1888. године. Рад на том пројекту започео је 1873.године проучавањем важећег права, којом приликом је установио да у Црној Гори готово да и нема писаних закона, тј. права, већ да се правни поредак састоји од обичајног права које уопште није било записано. У циљу сазнавања тог обичајног права он је спровео анкету која се састојала од 2181 питања на која су одговарали унапријед одређени најбољи познаваоци правила обичајног права. На тај начин први пут су записана правна правила обичајног права Црне Горе која су се примјењивала већ неколико вјекова. Испоставило се да је у питању врло развијен правни систем. Један од главних одговоритоца у анкети био је црногорски сенатор војвода Марко Миљанов Поповић који је већ био познат и као најбољи познавалац обичајног права сусједних албанских племена. Зато је он у анкети давао одговоре само о правним обичајима која важе код албанских племена. За разлику од случаја код осталих одговорилаца чије одговоре је записивао писар, одговоре Марка Миљанова записао је лично др Валтазар Богишић. На тај начин војвода Марко Миљанов дао је велики допринос успјеху Богишићеве анкете, а тиме и изради самог Општег имовинског законика за Црну Гору. Кључне ријечи: Право, обичај, анкета, упитник, одговори.

Богишићева мисија у Црној Гори имала је двије фазе. Прва је трајала од 1873 до 1888. године за које вријеме је израдио знаменити Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору. Друга фаза трајала је од 1888 до 1899.године у ком периоду је он био министар правде Књажевине Црне Горе.

Богишић је по доласку у Црну Гору одмах приступио проучавању постојећих друштвених прилика и правне традиције. Тако је настала његова знаменита „Анкета о правним обичајима у Црној Гори, Херцеговини и Албанији“. То искуство му је било непосредни ослонац за формирање главних идеја о будућем грађанском законнику и начину његове израде, будући да је био дубоко свјестан значења чињенице да је „цијело подузеће састављања Законика наложено...не на какву комисију него само на једног човјека“, тј. једино на њега, односно да законик треба да буде састављен махом од грађе коју нађе у живом обичајном праву Црне Горе.

Овдје треба имати у виду да у то вријеме Црна Гора није имала писаног права јер је Данилов законик од 1855.године већ био готово у цјелости дерогиран и замијењен обичајним правом. Али позитивно право је постојало, суд га је активно примјењивао и изрицао пресуде, народ га је знао напамет. Било је то обичајно право Црне Горе, старо више вјекова, право које никада није било записано! Тако је Богишићу припала част да први истражи и запише црногорске правне обичаје. Метод за сазнавање тих правних обичаја била је обимна анкета за коју је саставио посебни упитник.

Припреме за спровођење у живот анкете Богишић је започео одмах након одлуке да се прихвати законодавног рада у Црној Гори, а тежиште тих припрема састојало се у изради одговарајућег упитника. Овај упитник он је сачинио у прва три мјесеца 1873. године док је боравио у Бечу и Венецији, спремајући се за пут на Цетиње. О томе је оставио следећи запис:

„На основу мојих пређњих радња о правном и друштвеном животу у различитих народа, а особито јужних Совена, ја саставих још у Бечу и у Млетцима у прва три мјесеца 1873. године, програму питања (questionnaire) за већину група правних и других друштвених појава и чињеница народа црногорскога.... Те сам групе питања попуњао мало по мало на Цетињу, према тому како сам се мало по мало упознавао с новим облицима и с новим странама разних народних установа на самоме мјесту.“

Упитник се односи на двадесет правних области за које су састављени посебни упитници. Они су написани Богишићевом руком, графитном оловком, ћирилицом, на полутабаку формата А4. Иза ових неколико полутабака са питањима, у посебним омотима сложени су, по редоследу по коме иду питања, одговори: прво за Црну Гору, затим за Херцеговину, па за Албанију. На сваком од ових омота посебно стоји ознака: Црна Гора, Херцеговина, Албанија.

Према попису Владимира Мошина, објављеном 1954. године у Љетопису Југословенске Академије (сада: Хрватска академија знаности и умјетности), књига 59, овај рукопис носи архивску сигнатуру XVI 21-41 и назив „Црна Гора – грађа у оквиру анкете о црногорском праву.“ Састоји се од двадесет одсјека или, како каже сам Богишић, „главних група“. Називе одсјека је означио Богишић, а овдје, уз њих, дајемо и број питања и датих одговора, ради боље прегледности.

XVI 21. Грађанско право уопће садржи упоређења са 66 параграфа Српског грађанског законика.

XVI 22. Ствари садржи 53 питања и одговора, (питања 38-50 нијесу сачувана а одговори јесу), затим 18 одговора који се односе на стоку и 7 одговора која се односе на Бјелопавлиће и Зету (питања за ових 25 одговора нијесу сачувана), као и 63 упоређења са Српским грађанским закоником.

XVI 23. Обавезе садржи 133 питања и одговора и 132 упоређења са Српским грађанским закоником;

XVI 24. Фамилија - а) ужа породица садржи 116 питања и уговора и 36 упоређења са параграфима Српског грађанског законика, б) шира породица садржи 77 питања и одговора;

XVI 25. Родство изван куће садржи 63 питања и одговора;

XVI 26. Заштита сироте садржи 39 питања и одговора; као и 21 питање које се односе на „женску крађу у кући“ на која одговори нису сачувани;

XVI 27. Насљедство садржи 59 питања и одговора, затим 34 одговора Н. Дучића из 1898.г. за које питања нису сачувана, 43 питања Ћ. Милићевића, на која одговори нијесу сачувани, као и 34 упоређења са параграфима

Српског грађанског законика и 20 упоређења са члановима Општег имовинског законика;

XVI 28. Диоба фамилије садржи 42 питања и одговора, као и 16 упоређења са параграфима Српског грађанског законика и 7 упоређења са параграфима Аустријског грађанског законика;

XVI 29. Разреди у народу садржи 31 питања и одговора;

XVI 30. Економски односи садржи 24 одговора на питања која нијесу сачувана;

XVI 31. Одношај сељака и господара земље садржи 74 питања и одговора;

XVI 32. Крвна освета и умир садржи 149 питања и одговора;

XVI 33. Опаске о Данилову законнику садржи 105 опаски и запажања;

XVI 34. Казнено право садржи 103 питања и одговора, као и још 54 одговора за које питања нијесу сачувана;

XVI 35. Црквени одношаји садрже 137 питања и одговора;

XVI 36. Поступак ван суда садржи 61 питања и одговора;

XVI 37. Поступак у суду садржи 98 питања и одговора, као и још 4 питања на која одговори нијесу сачувани;

XVI 38. Државно право: Црна Гора 1873 садржи 55 питања и одговора разврстаних у шеснаест тематских група;

XVI 39. Међународно право садржи 44 питања и одговора;

XVI 40. Чете, хајдуци и др садржи 123 питања и одговора.

Према томе, Богишићева Анкета о правним обичајима у Црној Гори, Херцеговини и Албанији састојала се од упитника од 2181 питања. Од тога броја сам Богишић је саставио 1766 питања, а осталих 415 одговора односе се на упоређења стања ствари у Црној Гори са одговарајућим одредбама Српског грађанског законика (388 параграфа), Аустријског грађанског законика (7 параграфа) и Општег имовинског законика (20 чланова).

Богишићеви „главни одговориоци“, како их је он назвао, у току 1873. године били су чланови Сената (тада

највишег суда у Црној Гори): војвода Ђуро Матановић за Црну Гору, војвода Ђуро Церовић и војвода Марко Миљанов за Албанију. Дакле, у питању су били врсни познаваоци обичајног права, што их је и препоручило да буду судије највишег суда у држави тј. Сената црногорског. Ове одговориоце Богишић је одредио на препоруку самог књаза Николе о чему овако говори у једном писму упућеном књазу од 22. фебруара 1874. године:

„Распитивање на темељу приведених питања био је један од најглавнијих мојих послова на Цетињу, јер сам само на то трошио около 7-8 сата на дан. Оскудица писмених извора, важност и сложеност те радње и начин, којим ју је требало испуњавати, принудише ме посветити тако много времена томе предмету. Свуколику масу тијех питања, којијех се накупило до 2000, ја раздијелих на 20 главних група. Ко су били главни одговорници на мном постављена питања, и за Црну Гору и за Арбанију и Херцеговину, Вашој је Свјетлости ионако познато, будући да их Ви сами изволили и назначавати”.

Поред њих на поједина питања одговоре су му давали и сердар Јоле Пилетић, бивши сенатор Видо Бошковић, архимандрит Висарион Љубиша и други.

На овом мјесту, први пут после 1954. године указујемо да су се др Богишић и војвода Марко Миљанов знали од раније. Први доказ за ту тезу налази се у раду др Ника С. Мартиновића «Валтазар Богишић и Уједињена омладина српска» (објављено и у Зборнику Матице српске, серија друштвених наука, број 9, Нови Сад, 1954.).

На шестој страници тога рада (има их укупно деветнаест) ријеч је о Богишићевом дјелу Правни обичаји на словенском југу које је објављено прије доласка у Црну Гору у коме су приказани правни обичаји код Словена у Епиру, Тракији, Македонији, Албанији, Црној Гори, Србији, Словенији, Војводини, Херцеговини, Далмацији и тд., па се прецизира:

*„Главни Богишићеви сарадници на сакупљању народних умотворина (...) које треба истаћи (...) били су (...) у Црној Гори: Сима Поповић, Лазар Томановић, **војвода Марко Миљанов**, Јован Сундечић“.*

Други доказ у прилог тезе да су њих двојица знали један за другога јесте њихово чланство у организацији

Уједињена омладина српска која је дјеловала од 1866 до 1869. године са сједиштем у Новом Саду.

Анкетирање је вршено непосредним постављањем питања и диктирањем одговора писару од стране др Богишића, осим у случају војводе Марка Миљанова чије одговоре је у цјелости Богишић записао својом руком.

Сви одговори имају форму карактеристичну за текстове који се записују по диктату. Да је одговоре Богишић диктирао (за Црну Гору и Херцеговину), односно сам записивао (за Албанију) најбоље потврђују три њихове карактеристике: сажета форма, обиље правних термина (које ниједан од одговориоца, наравно, није могао знати) као и Богишићева запажања, коментари одговориоцу или упућивање на сличан одговор код других одговориоца и слично.

Тим начином је војвода Марко Миљанов постао Богишићев „одговориоц“ односно „казиваоц“ како понегдје каже Богишић, за правне обичаје у Албанији, односно, прецизније за правне обичаје у племенима Грудни, Хотни и Кастрати за које сам одговориоц каже да њихове обичаје најбоље познаје јер су „Кучима најближи“.

Наиме, Богишић је имао намјеру да добије одговоре за цијело подручје Албаније, али га је Марко Миљанов увјерио да је он у могућности да говори о правним обичајима само у оним племенима која су Кучима у сусједству, а то су Грудни, Хотни и Кастрати. То се у Анкети прецизира већ у првом одговору војводе Марка Миљанова у одсјеку „Ужа фамилија“, који гласи: Војвода Марко Миљанов: „.... Ми ћемо говорити овђе о Грудима, Хотима и Кастратима које одговориоц најбоље зна, а особито прве који су му најближи.“

У наслову анкете и на омотима у којима су сачувани записани одговори Марка Миљанова Богишић је ипак задржао назив „Арбанија“ сугеришући да су предмет анкете правни обичаји на цијелом простору гдје Албанци живе тј. и за Клименте, Шошане, Шаљане, Кострениће, Берише, Гаше, Истиниће, Дибре, Миридите и друге. За ово је у наставку претходно поменутог одговора Марка Миљанова наведен и разлог: „Уосталом он каже да у свијех набројанијех бива једнак обичај“.

Дакле, Марко Миљанов је Богишића истинито обавијестио да он добро познаје обичаје најближих Кучима племена као што су Грудни, Хотни и Кастрати, али да му је познато да и остала албанска племена имају истовјетне обичаје. Имајући то у виду може се сматрати да се одговори Марка Миљанова односе на правне обичаје свих Албанаца, без обзира на њихову племенску припадност.

Војвода Марко Миљанов је у вријеме анкетирања био у пуној животној снази, имао је четрдесет година и био је скоро вршњак са Богишићем (који је тада имао тридесет девет година) што је, сигурно, благотворно дјеловало на пуноћу њихове међусобне комуникације. Он није одговорио на сва питања, већ само на она који су садржани у нешто мање од половине одсјека, тј. правних области. Богишић је записао одговоре Марка Миљанова у следећим правним областима:

1. Фамилија:

а) ужа фамилија, 116 одговора;

б) шира фамилија, 77 одговора;

2. Родство изван куће, 63 одговора;

3. Насљедство, 59 одговора, као и 6 одговора на упоређења са одговарајућим параграфима Српског грађанског законика;

4. Диоба фамилије и задруге, 42 одговора;

5. Крвна освета и умир, 149 одговора;

6. Казнено право, 103 одговора, и

7. Поступак ван суда, 61 одговор;

Према томе, војвода Марко Миљанов одговорио је на укупно 670 питања и на 6 упоређења са одговарајућим параграфима Српског грађанског законика, тј. дао је укупно 676 одговора. Произилази да је Богишић од њега тражио одговоре на 30,7 % питања из своје анкете.

Одговори Марка Миљанова поред осталог упућују и на начин на који су му питања постављана, јер је Богишић код великог броја одговора Марка Миљанова записао „Idem.“ што значи да је одговор истовјетан са оним који је на то питање дат за Црну Гору. Дакле, Богишић је након постављања питања упознавао Марка Миљанова са одговором који је дао одговориоц за Црну Гору, те ако би Марко Миљанов рекао да је истовјетно стање и код Албанаца или би тако Богишић на основу његовог одговора

сам закључио, онда је само записивао „Idem.“, „по аналогји исто као и у Црној Гори“ и слично.

Ако би, пак, Марко Миљанов одговорио да је по одређеном питању стање у Албанији приближно или слично ономе како је казано за Црну Гору, дакле да није сасвим истовјетно, Богишић би записао: „Idem.“ и наставио са одговором којим Марко Миљанов нешто додаје или коментарише.

А тамо гдје је Марко Миљанов дао потпун одговор, не позивајући се на одговор за Црну Гору, дат је само његов одговор, а не и одговор који се односи на Црну Гору.

Богишић је уписао и изјашњења Марка Миљанова да не зна одговор на поједина питања. У таквим случајевима би записао: „Непознато одговорноцу“, „непознато“, „то је тешко знати“, „није познато“, и слично. Али, број таквих одговора је занемарљиво мали.

Одговори Марка Миљанова у анкети откривају једну компетентну личност за правне обичаје албанских племена, тј. њиховог врсног познаваоца каквога тада Црна Гора сигурно није имала.

Одговори Марка Миљанова у Богишићевој анкети први пут су објављени као засебна цјелина, онако како се налазе у Богишићевом Научном Архиву, дакле одвојено од одговора о правним обичајима у Црној Гори, односно Херцеговини, у нашој књизи „Одговори Марка Миљанова у Богишићевој анкети о правним обичајима“, Фонд за развој Куча „Марко Миљанов“, Подгорица 2016.

Иако Богишићева анкета примарно припада корпусу правне науке, ипак је очигледно да одговори Марка Миљанова дати у тој анкети представљају књижевно дјело нарочите врсте, па је, као такво, увршћено као посебна књига у новом издању цјелокупних дјела Марка Миљанова у седам томова, такође у издању Фонда за развој Куча „Марко Миљанов“, које је читаоцима представљено 16.децембра 2017. године.

Ови одговори, и поред тога што их није сам записивао одговорноцу, већ је то чинио др Валтазар Богишић, задржали су бројне атрибуте и особине личности самог одговорноца, и прије свега, његов дух и начин изражавања. То се закључује из његових одговора које овдје наводимо, а

који се, наравно, односе на правне обичаје код албанских племена.

1. О разлозима за женидбу, послије одговора да готово и нема мушкараца који сами живе *„осим каквог бећара неваљалца којег људи презиру“*, на питање *„жене ли се људи да угоде својим природним сполним потребама или више из економичких узрока“* одговора да стоје оба поменута разлога и додаје:

„Има некијех људи који ће само се женити да има жену. За женама су Арбанаси понешенији него Црногорци“.

Даље, пошто се сложи да при женидби, као што је случај у Црној Гори, мушкарци често рачунају на жену као на увећање радне снаге, прецизира:

„Али највише да му дјецу рађа. Али највише гледају да му је жена лијепа“.

Ово понавља још једном:

„На кућу и младића дјевојке гледа се више него у Црногораца, премда гледају и на личност дјевојке, тј. да је лијепа. Али да је од соја и она и он то се највише гледа.“ (одјељак: Ужа фамилија, Одговори на питања бр.6,7,8,31).

2. О утицају дјевојке на вјеридбу тј. вјеридбене уговоре каже:

„Овђе се дјевојка и не пита, нити ће се она противити...Стидно је за дјевојку противити се, јер се држи да је то непослух родитеља и да о сластима брачнога живота мисли. Посљедица је тому да се жена или муж нађе несретним, те о томе има множина пјесама. А бива да је и прељуба међу најближим рођацима. У великом је обичају невјестојебејство, ако не и снахојебејство.“

На питање о развргавању вјеридбе, одговара:

„Није чувено било да се дјевојка занећа, а тешко и младић, барем одговориоцу није познато. У Арнаута је то строжије и горе се за то свете него ли у пријашња времена у Црној Гори што је било“.

Марко Миљанов каже да не зна за случај да би вјереник обешчистио вјереницу па је тад оставио:

„Тoга случаја није бивало, а и уопште ријетко ће се догодити да ће и учинити с њом блуд, али кад би, разумије се да ће ју узети, иначе јаох њему и његовијем“.

Ово „јаох га њему и његовима“ постаје јасније кад у одјељку „Крвна и уопће освета и умир прочитамо његов одговор на 12- то питање:

“за осрамоћену дјевојку Арбанас ће одма убити, јер му се то чини више срамота него Црногорцу“.

А о отмици дјевојака, одговара:

„Ријетко, али се догоди. Туђу или обећану дјевојку тешко ће ко отети, јер се боје освете, али бива да ко отме дјевојку пошто му је обећана и то ради два узрока: 1) отац можда неће дати му ју ове године, а младожења ју кући треба, па ће ју уграбити, 2) хоће да трошкове свадбене уштеди, па ју уграби с њезиним договором“.

Он детаљно познаје и како стоје са вјерским питањима у мјешовитим браковима између Турака и Албанаца:

„То бива неријетко. Има један Турчин који има једну жену Туркињу, а другу Латинску, те су му од Латинке дјеца Латини. То се не замјера, него ће Турчин дат њевојку Латинску исто као Латинин Турчину, само што ће се гдје који погодити да она остане у својој вјери или да и дјеца буду њезине вјере“.

Кад је прије давања одговора на ово питање упознат са одговором за Црну Гору у коме се, поред осталог, наводи: „У Кучима при тому није било разлике, него су давали и Латинима и Турцима кћери“, Богишић је записао реаговање Марка Миљанова:

„Много је казано, јер се то не догађа често“.

Одговор о међусобним правима мужа и жене је лаконски:

„Она му је у свему покорна као робиња“, а на питање могу ли жене иницират развод брака, одговара:

„Не може оставити мужа јер је она као роб“.

А о случају кад муж пређе да живи у женину кућу (домазет), каже да „свакога домазета држе као ништа човјека“.

(одјељак: Ужа фамилија, одговори на питања број 11, 15,19,22,26,43,50)

3. Он показује одлично познавање предмета о коме је питан и кад је ријеч о имовини задружних фамилија:

„У Арнауте је главна ствар стока, а за земљодејље мало мари. Највише што Арбанас воли то је стока и оружије. Паче, Црногорцу, кад се Арнаут са њим свади, каже подругљиво: „Иди, копај руметин“.

Власт домаћинова у породичној задрузи је неприкосновена па, уз оно што је речено у одговору за Црну Гору, додаје:

„Ко не би послушао с њим се ругају“.

Старјешина куће (домаћин) може бити смијењен због различитих разлога како у Црној Гори, тако и код Албанаца, с тим што Марко Миљанов истиче једну специфичност код Албанаца

„Само што ће и неваљалога више и дуже трпит него ли Црногорци“.

Поред домаћина постојала је и домаћица у породичној задрузи, и то је обично била мајка домаћинства, или његова супруга, а могла је бити и нека друга удата жена из куће, па Марко Миљанов за њену надлежност, која се иначе простирала на обавезе све женске чељади у породичној задрузи, поред онога што је речено за стање у Црној Гори, додаје:

„Ако домаћин није дома, она га заступа у распоређају и мушких работа, те може и мушке укорити и опсовати“.

(Одјељак: Шира фамилија, Одговор на питање бр. 7,13,24,29)

4. На питање какав је однос племенског главара према турској управи, одговара:

„Турско је правитељство слушао уколико се то слагало с његовим мишљењем и с интересима његовим и племенским па баш да би и до боја дошло“.

(Одјељак: Родство изван куће, Одговор на питање број 37)

5. Познавање обичаја код Албанаца и љепота казивања војводе Марка Миљанова најбоље долази до изражаја кад говори о кривичним стварима. Тако, на питање о врстама кривичних дјела сликовито одговара:

*„Издаја државе, крађа државних ствари – нема,
Остало као у Црној Гори“.*

Није детаљније наводио разлоге сматрајући да је опште позната чињеница да албанци нијесу тада имали државу већ су били под турском окупацијом.

У истом стилу одговара и на питање који су злочини тежи у очима владе, а који у очима народа:

„Владе своје немају, а турску не слушају, те и разлике нема“.

На питање о евентуалној разлици код утврђивања кривичне одговорности у подстрекача и извршиоца злочина, одговара:

„Онај који уца (подстрекава) не казни се, али га народ не воли . Суд каже извршиоцу: „Могоа си га и не слушати, Бог ти је дао твоју памет да судиш сам што је добро а што је зло“.

Интересантно је његово запажање о снази стида као израза моралне санкције:

„Стид се држи за највише зло што се може човјеку догодити, те више воли и најстрожију и најстиднију казну, него ли и најмањи стид“.

У вези с тим додаје код питања о самоубиствима, да је то ријетка појава и да се дешава „највише ради каква стида.“

Сликовит је и његов одговор на питање о грабиоцима и отимачима: *“Мрзе таке људе као пашчад и презире их народ.“*

О крађи и лупежима каже:

„Највише је срамотан кад у своје браство или племе краде, а и у туђе у мирно вријеме. Напротив, у ратно доба јунак је ко у непријатеља украде.“

Ипак народ држи да је најсрамотније украсти *„удовици која дјецу храни“* као и *„кума и побратима“*.

Међутим, *„најсрамотније име као најерђи човјек на свијету“* добио би онај ко са злом намјером злоупотријеби туђу повјерену ствар.

На питање како ће увријеђени реаговати на вербалну увреду, одговора: *„Тешко да ће за рђаве ријечи ићи на суд, него ће или одвратити жао за срамоту или ће га ударити или још што теже.“*

(одјељак Казнено право, Одговор на питање бр. 4, 6, 9^{1/2}, 14, 24, 27, 33, 34, 36, 60, 89)

На одговор који је дат за Црну Гору према коме би однос власника према штетнику кад га затекне *in flagranti* зависи од тога „ко је јачица а ко нејачица“, те да се може десит да штетник прође без казне ако је „од јачице“, Марко Миљанов додаје да се код Албанаца, супротно томе може очекивати *„да га пушком убије, па и нејачи јачега“* (одјељак Поступак изван суда, Одговор на питање број 5).

Из ових примјера може се закључити да је Марко Миљанов у вријеме спровођења анкете одлично познавао правне обичаје код Албанаца, као и да је још боље умио да говори о њима, тј. да их представи.

Осим тога, очигледно је да је његов допринос квалитету анкете врло значајан, прије свега због њене потпуности, имајући у виду бројност албанске популације у Црној Гори.

dr Čedomir BOGIĆEVIĆ¹

**OPŠTI IMOVINSKI ZAKONIK
ZA KNJAŽEVINU CRNU GORU**

**- u svjetlu narodnog običajnog prava i metoda njegove
inkorporacije**

**Dio I - Naučna i juristička doktrina
Valtazara Bogišića**

Valtazar Bogišić (1834-1908) rođen je 7/20. decembra 1834. u Cavtatu. Kao četvorogodišnjak, pošao je u osnovnu školu, i kao čudo od djeteta izazvao divljenje svojih učitelja. Još kao desetogodišnjak ozbiljno se zanimao problemima astronomije i trigonometrije, pa se očekivalo da će se opredijeliti za izučavanje prirodnih nauka, ali ga je životno stanje usmjerilo drugim putevima. Sticao je znanje u više evropskih centara - Venecija, Beč, Berlin, Minhen, Gisen, Hajderberg. Studirao je pravo, filozofiju, istoriju i filologiju i prije tridesete godine stekao dva doktorata, iz filozofije i pravnih nauka. Službu je počeo u Carskoj biblioteci u Beču, 1863. g. Kao profesor Univerziteta u Odesi, predavao je istoriju slovenskih prava. Na poziv crnogorskog knjaza Nikole I, došao je u Crnu Goru 1873. g. radeći na Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru (1888). Od 1893. do 1899. g. bio je ministar pravde Knjaževine Crne Gore. Od tada, do svoje smrti 1908. g., živio je i radio u Parizu.² Kada se penzionisao (1890.) zapisao je: Ja sam 1. januara 1890. dovršio svoju službenu karijeru ali drugu, tj. znanstvenu karijeru svršio nijesam i nadam se svršiti je tek životom. Ova poslednja karijera meni je dala sve što imam, osim toga to su najvedrije i najplemenitije visine do kojih se čovjek i njegov

¹ autor je predsjednik Senata DANU

² v: prof. dr Jelena Danilović: Predgovor (uvodna studija, str. 1-40) za knjigu: V. Bogišić: Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru i izabrana djela, Podgorica 1998.

duh popeti mogu... i što me god udaljuje od toga udaljuje me od mog životnog cilja.³

Govorio je italijanski, njemački, francuski i ruski jezik, i bio izvanredan poznavalac staroslovenskog i latinskog jezika. Opredijelio se za samostalno proučavanje pisane prošlosti slovenskih naroda, prvenstveno njihovih narodnih običaja i običajnog prava. Tako je sačuvao od zaborava ogromno nepisano narodno duhovno bogatstvo. Sve ovo, za života će ga učvrstiti u red najvećih naučnika u oblasti filozofije prava i pravnih nauka.

Naučne ideje i duhovni podsticaji

Dva su temeljna podsticaja djelovala na formiranje ličnosti Bogišića kao naučnika - romantičko slovenifilstvo i istorizam.⁴

Slovenifilstvo u širem smislu, prema Taronovskom⁵; javilo se kao rezultat slovenskog preporoda i ušlo u široke narodne krugove, stvarajući životvornu duhovnu atmosferu koja je bodrila slovenske narode. Ono je, miješajući maštu i stvarnost govorilo o Slovenima kao o jednom narodu sa jednom kulturom, zbog čega ideja o jedinstvenoj slovenskoj kulturi nikada nije napustila Bogišića, pa ni poslije njegovih produbljenih naučnih izražavanja. Veliki podsticaj za ovakvu orijentaciju našao je kod svog prosvijećenog pokrovitelja Nika Pucića.

Istorizam je inspirisao Bogišića još za vrijeme njegovih univerzitetskih studija (1859-1863), gdje je slušao mnoge predstavnike istorijske pravne škole - Arndts (Beč), Vindscheid, (Minhen) Beseler (Berlin) a lično je poznao reformatore ove škole Jeringa, te Miklošića, čija je predavanja slušao (Beč). Tvorac istorijske pravne škole i istorijskog pravnog metoda, bio je veliki pravni mislilac Savinji. To je vrijeme sukoba učenja racionalizma, na jednoj i filozofije prosvijećenosti i romantizma, na drugoj strani. Bio je to sukob

³ Prof. dr Jovan Bojović, Valtazar Bogišić, "Pravni zbornik" br. 1- 2/85, Titograd, str. 172.

⁴ Prof. dr Teodor Taronovski, Valtazar Bogišić, povodom 100- godišnjice rođenja, "Arhiv za pravne i društvene nauke", Beograd. 6/1934, str. 28.

⁵ Ibidem.

jedne filozofske doktrine (racionalizam) i jednog pokreta - romantizam.⁶

Osnovna ideja istorijsko-pravne škole je bila: pravo stvara narod i njegov nacionalni duh. Ona je plod dugog razvoja naroda, njegovog jezika, tradicije, običaja, mitova, legenda i koje u svom razvoju prelaze određene evolutivne etape - prirodno pravo, naučno pravo, kodifikacija. Po Saviniju, novo pravo ne oblikuje novo društvo, nego novo društvo stvara novo pravo. Pravnik je ličnost koja je svoje znanje proširila na široke duhovne horizonte.⁷ Bogišić je skladno kombinovao ovo učenje i pronicljivo uočio ideju, koja potiče od Fihtea, da se narod smatra kao istorijska data cjelina koja je odoljela individualizmu. On je takođe usvojio ideju istorijske škole da nije država već narod tvorac prava i da se najbolji izraz narodne pravne svijesti nalazi u običajnom pravu.

Svoju naučno-istraživačku pažnju Bogišić je koncentrisao na privatnom pravu i tu, u jezgrovog učenja, ugradio osobine slovenske pravne ideje, oslanjajući se isključivo na istorijsku stvarnost i utvrđena fakta. Na ovim temeljima počivaju njegova djela: Pravni običaji u Slovena (1967), Naputak za opisivanje pravnih običaja koji u narodu žive (1867), Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena, knjiga I (1874), Pisani zakoni na slovenskom jugu (1871). Kada je 1873. g. došao u Crnu Goru pristupio je izradi novog upitnika sa preko 2.000 pitanja čiji je rezultat Opšti imovinski zakoni za Knjaževinu Crnu Goru, remek djelo pravne misli i stvaralaštva, koji je Bogišiću donio renome svjetskog naučnika a Crna Gora sa njim ušla u svjetsku kulturnu baštinu i kolosalno jurističko nasljeđe.

Znanstvenik, erudit i zakonotvorac V. Bogišić učenje istorijske pravne škole, vrlo kritički propušta kroz svoj naučni filter, polazeći od stvarne potrebe naroda za odgovarajućim pravom na dostignutom stepenu društvenog razvoja. On na osnovu činjenica i stvarne suštine pojava gradi teorije i

⁶ Prof. dr Dragoljub Stojanović, Istorijsko-pravna škola i njen metod primenjen danas, "Pravni život", Beograd, 3/1984, str.363

⁷ Savinji: O pozivu našeg vremena za zakonodavstvo i pravnu nauku, Podgorica 1998. g.

konkretna zakonska rješenja.⁸ Pravnici mora da poznaje, pored pozitivnog, i "pravo koje u narodu živi", onaj skup pravila ponašanja, ne i normi kojima se regulišu mnogobrojni odnosi među ljudima. Pravne ustanove se proučavaju na osnovu stvarnih podataka. Glavna odlika pravnih običaja je raznolikost, dok pisane zakone karakteriše - jednoobraznost. Temelj Zakonika su pravne potrebe i njihova pravila koja se nalaze u životu, umu i predanju narodnom.

Zakoni treba da su izraženi načinom koji će biti razumljiv i najprostijem umu, kazivao je Bogišić.

Bogišić je utemeljio izučavanje istorijsko-pravne škole u jugoslovenskim zemljama. Prema njegovoj ocjeni pravna istorija je "jedna od najvažnijih struka pravničke nauke".⁹

Pored pravne istorije Bogišića je takođe živo zanimala i opšta istorija, etnologija, istorija umjetnosti i druga naučna interesovanja.

Kritički pogled na istorijsko-pravnu školu

Prvobitni pogledi Bogišića bili su doktrinarno utemeljeni na učenjima istorijsko-pravne škole sa kojima se upoznao tokom svog školovanja u Njemačkoj. Ubrzo po završetku školovanja on je počeo da se kritički osvrće na pojedina gledišta ove škole, da bi u vrijeme svog dolaska u Odesu prihvatio sociološki pristup u izučavanju pravne istorije. Ovakav pristup bio je inspirisan učenjem francuskih pravnih historičara koji su svoja polazišta gradili na idejama Monteskijsa.

Bogišić je prihvatio Savinijev stav da pravo ne postoji posebno, nego da njegova suština potiče iz narodnog života.¹⁰ Ne prihvata principe istorijske škole bez rezerve i nekritički, što mu je omogućilo da pređe na teren sociologije.¹¹ Smatrao je da pravna istorija ne smije biti deskriptivna, niti da se zasniva na prostom nabrojanju juridističkih fakata, jer se ne bi mnogo

⁸ Vidi: Đurica Krstić: Savremeni značaj Bogišićevog istorijskog metoda u prikupljanju građe o običajnom pravu, Stogodišnjica OIZ- a, CANU, 9/1989, strana 174.

⁹ V. Bogišić, Pravni članci i rasprave, str. 34.

¹⁰ Savinji, Op. cit.

¹¹ D. Niko S. Martinović, Valtazar Bogišić, Istorija kodifikacije crnogorskog imovinskog prava, Cetinje, 1958. str. 39.

razlikovala od manastirskih ljetopisa.¹² Istoričar prava treba da obrati najozbiljniju pažnju na odnos prava prema svim ostalim stranama narodnog života: na njegov geografski položaj, ekonomski život, političku istoriju, karakter susjednih naroda.

Pravne ustanove treba posmatrati ne pojedinačno, nego u njihovoj uzajamnosti, i stalno imati na umu uzajamne odnose i veze pojedinih instituta među sobom.¹³

Bogišić je zamjerao poljskom istoričaru prava Maćejevskom, jer je njegova istorija slovenskih prava i suviše uopštena, sačinjena bez dovoljno prethodnih istraživanja, što je veoma rizično i naučno nepouzđano, izrazivši protivljenje prema pisanju sveopšte istorije pojedinih pravnih instituta a još je više bio protivnik pisanja tzv. univerzalne istorije prava.¹⁴ On je pravio nacrt za bibliografsku obradu izvorne građe u četiri knjige a prvu od ovih koju je napisao odmah, nosi naziv, "Pisani zakoni na slovenskom jugu" (Zagreb, 1872).

Bogišićevo glavno naučno interesovanje, posvećeno je porodici i porodičnom pravu, koje izučava prije svega kao sociolog. Prilikom prikupljanja narodnih običaja, on je u svom upitniku, predvidio najveći broj pitanja o organizaciji porodice i njenom životu. Porodica i nasleđivanje, po njegovoj koncepciji koja je došla do izražaja i u OIZ-u, ne treba da budu obuhvaćeni sistemom građanskog prava. Porodično pravo predstavlja predmet posve različit od stvarnog i obaveznog prava - ovo dvoje sastavlja čisto imovinsko pravo.¹⁵

Sistem kodifikacije

Bogišićev metod, opredijeljen je bio i projektnim zadatkom na izradi jednog Zemaljskog zakonika, koji je formulisao Knjaz Nikola I u pismu ruskom konzulu A. Joninu u Dubrovniku, 1872. u kojem između ostalog piše: Jedna od neophodnih potreba koje se u Crnoj Gori osjećaju jeste, bez svake sumnje, dobar zemaljski zakonik koji bi je imao sastaviti

¹² Bogišić, Pravni članci i rasprave, str. 35.

¹³ V. Bogišić, O naučnoj razrabotki istoriji Slovjanskoga prava, Peterburg, 1870. str. 20.

¹⁴ Vidi bliže: Dr Jelena Danilović, Život i rad Valtazara Bogišića, "Pravni Život", 2/1985. str. 79-80.

¹⁵ V. Bogišić, O položaju porodice i nasleđstva u pravnoj sistemi, "Pravnik", Beograd, 1893.

shodno potrebama, okolnostima, osjećajima, tradicijama i običajima postojećim u ovoj Knjaževini i kojim bi se zakonikom opredjelili i utvrdili različiti odnošaji prema Vladaru, zemlji i porodicama da bi se tim načinom kredit ove male ali slobodne, državnice, pred očima okolnih zemalja uzdigao i učvrstio ... No za takav težak i trudan poduhvat iziskuje se jedan zakonoša rijetkih pravničkih sposobnosti, koji s juridističkog gledišta zna tačno shvatiti i ocijeniti sve ono što se zahtijeva da se jednom narodu dobar zakonik dade koji bi pomoću svojih ustanova najprirodnije djelovao na duhovni i materijalni razvitak naroda. Pa, kao što se opštim glasom utvrđuje, sadašnji profesor na odeskom sveučilištu g. Valtazar Bogišić bio bi čovjek najpodobniji za takav poduhvat kako po svojem opširnom i uopšte poznatom juridističkom znanju, tako i po tome što su njemu potpuno poznate i prirode ovog naroda i potrebe ove zemlje. Knjaževo pismo je brzo riješeno. Imperatorsko praviteljstvo u caru Aleksandru II oglasilo se 27. novembra 1872. a Ministar prosvjete izdaje Bogišiću nalog 9. XII 1872. da počne "sa sastavljanje Zakonika za Crnu Goru". Crnogorski Likurg, Valtazar Bogišić, dolazi u Crnu Goru, početkom aprila 1873. g.

Na jednoj strani, Bogišić je imao u vidu mišljenja što vladaju u teoriji i zakonodavnoj praksi raznih zemalja, a s druge strane, originalne elemente zemlje kojoj je Zakonik namijenjen.

Savinji je razlikovao tri stadijuma razvitka prava, dok ne zrene za proces kodifikacije. Prvi - narodno pravo (koje živi u narodnoj svijesti), drugi - naučno pravo (stručno-naučna obrada i stvaranje) i treći - kodifikacija (sistem pravnih pojmova). Za ovakav pristup Bogišić nije imao uslova, uzevši kao svršeni fakt, zrelost crnogorskog prava za kodifikaciju.¹⁶

Utvrđio je Bogišić, osam uslova za svoju buduću kodifikaciju:

1. "Osnov Zakoniku valja da je sastavljen od pravila i ustanova koje se doisa nahode u zivotu, duhu i predanju narodnjem, to, što postoji, ne treba ni da se isključi, ni izmijeni, osim slučajeva prijeke potrebe.

¹⁶ D. Niko S, Martinović; Op. cit. str.183.

2. Ustanovama, koje postoje i sastavljaju, tako reći, glavnice narodnog predanja, da im se ne domeću nova, osim, ako to prilike svakidašnjega života neminovno iziskuju.
3. Da bi se izbjegao svaki dualizam ili rascijep u pravu, i da se olakša spajanje između novijeh i starijih elemenata, valja da se prvi uvode takvim načinom, da između svijeh njih bude stajalo uzajamno i neprekidno općenje.
4. Sva naređenja zakonika treba da se sastave, razrade i izlože tako, kako bi ih sami tamošnji ljudi mogli bez muke primjenjivati pomoću sredstava, kojima zemlja raspolaže.
5. Zakonik valja da je takav, da svako prinuđenje pri njegovoj primjeni bude izlišno, te da novi djelovi koji su u nju primjeni ne uzbuđavaju ljude, ni da mu naređenja uprave narušavaju, ni da ih stranputno izigravaju.
6. Zakonik valja da je jednolikošću (homogeneite) svoje građe, njezinijem metodičnijem rasporedom i jasnošću izlaganja pristupačan svijema, koliko se više može.
7. Spoljašnje odnošaje ne mogući i ne trebajući gubiti iz vida, zakonik valja da u isto vrijeme pruži priliku Crnogorcima, da steku opći pojam o pravu u inostranstvu, a inostrancima, da imaju ideju o osobinama crnogorskoga prava.
8. U pogledu daljega pravnog razvitka u zemlji, Zakonik ne treba da sprečava, nego da služi za naslon i polaznu tačku ovome razvitku u svijem njegovijem granama i oblicima".

Bogišić nije prihvatio Savinjićevo učenje, da "naše doba nije se uzvisilo da se može izvršiti kodifikacija prava". Proučivši mnoge kodifikacije u prošlosti Bogišić je došao do zaključka:

1. Iako svaka zemlja ima pri kodifikaciji opštih ciljeva ima ih i posebnih, posve vlastitih toj zemlji i epohi.
2. Prema posebnim ciljevima koje treba istaći, treba da su nepobitno udešena i sredstva k njihovom postizanju."¹⁷

On je najprije odredio spoljne granice (granice predmeta) kodifikacije, isključujući iz svog zakonodavnog rada porodično i nasljedno pravo. Nakon toga odredio je unutrašnje granice u Zakoniku, pod kojima je podrazumijevao "ustanove koje Zakonik obuhvata i prostor što je dan svakoj od njih".

¹⁷ Iz Bogišićevog pisma K. Vojnoviću, od 24. juna 1888. (Biblioteka, Cavtat)

Ustanove koje nijesu imale narodnog značaja, bile su recipirane prema zahtjevima socijalnih prilika i potreba, i sve što njima nije odgovaralo isključeno je.¹⁸

Pri određivanju spoljnih i unutrašnjih granica (sadržaj) Zakonika, Bogišić je rješavao i dilemu koja je, takođe, opredjeljivala granice zakona - kodifikacija ili inkorporacija. On je ovu dilemu riješio u korist inkorporacije. "Ova radnja je posve nova i svojeobrazna, vrlo šira i mučnija nego li je prosta kodifikacija - a najbolji mu je sudac - vrijeme i praksa".¹⁹ Cilj takvog pristupa bio je da se sačuva organski razvitak i priroda prava u Crnoj Gori, priroda koja je naukom dokazana.²⁰

Jezik i stil

"Kako će izvršiti zapovijest onaj komu je naznačena ako je ne razumije" - pita Bogišić. "Čovjek može znati samo ono što razumije... Zakon treba da bude takav da bi ga u istinu svak mogao razumjeti..."²¹ Treba da što god je u zakonu kazano da je kazano pravim narodnim jezikom, načinom, izrekom", i bude razumljivo i najprostijem umu. On je u OIZ-u tehničke termine podijelio u tri grupe: 1) termini iz narodnog jezika, 2) pozajmljeni termini, i 3) samostalno stvoreni termini.

Jedinstvo prava i morala

Moralne dužnosti se po svom biću razlikuju od pravnih dužnosti kao što se etika razlikuje od pravnih nauka. Ove distinkcije, nijesu tako oštre da isključuju svaki dodir između ova dva svijeta društvenih normi. Pravo obavezuje, kao spoljašnji autoritet, a moral kao unutrašnji princip savjesti.

Bogišić je između sadržine zakona i etičke svijesti naroda uspostavio uzajaman odnos po kome pravo ne može uspostaviti nikakav autoritet ukoliko se ne uvažava ova veza²²

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ V. Bogišić: Stručno nazivlje u Zakoniku.

²² Vidi bliže: Dr Slobodan Tomović, Bogišićevo shvatanje jedinstva prava i morala, Zbornik Pravnog fakulteta u Titogradu, 8-9/98.

Posebno je apostrofirao kategorije: pravna čestitost (honestas iuridica), moralna čestitost, pravo, pravda, pravičnost, pravica. Evo nekoliko primjera: Pravdi je nasilje najgori protivnik (1011); I što nije zabranjeno može da ne bude pošteno (999); Čija korist od nečega, onoga je i teret (1001); Najveća je nepravda kad ko od zla djela svog još i korist kakvu primi (128) - OIZ - razdio VIII, "Neke zakonjačke izreke i postavke.").

Promulgacija zakonika

Prije promulgacije Zakonika formiran je Odbor za pregledanje i pretresanje cijele osnove Prijedloga Zakonika. Članovi Odbora, bili su: državni pravni savjetnik i profesor univerziteta dr Valtazar Bogišić, kao predsjednik, i odbornici: vojvoda Đuro Matanović, Član Velikog suda i Državnog savjeta, Jagoš Radović, član Velikog suda i Gavro Vuković, član Velikog suda. Pisari su bili: Nešo Zeković i Simo Martinović, učitelj. Organizovana su tri čitanja: Prvo - na Njegušima i Cetinju (31. šednica, od jula 1881 do januara 1882), Drugo - na Cetinju (35. šednica, od jula do septembra 1885) i Treće čitanje - na Rijeci Crnojevića (10 šednica, od 2- 11 decembra 1885). Svim čitanjima prisustvovao je i Knjaz Nikola. Nakon čitanja i odobrenja osnove Zakonika, Bogišić je otišao u Pariz i tamo sačinio definitivni tekst Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru. Zakonik je proglašen 25. marta 1888. g. a stupio ja na snagu 1. jula iste godine sa ograničenjem za X razdio Drugog dijela (o zastavi).

U Ukazu Knjaza Nikole I, kojim je izvršena promulgacija Zakonika, između ostalog, se kaže:

...Uvjereni, da ništa tako ne unapređuje pravilan razvitak naroda i države, da im ništa tako ne utvrđuje blagostanje, kako dobro uređeno, svud i za svakoga jednako pravosuđe... Ali, tako izvanredno teško i zamašno preduzeće... bilo je tim teže što mi unaprijed odlučili bijasmo da u svom zakonodavnom poslu pored svih neophodnih obzira na podatke nauke zakonodavne radnje drugih obrazovanih država glavnu pažnju obraćamo na narodne pojmove o pravdi i žive potrebe crnogorskog naroda... Nama je pošlo za rukom, te našosmo ovome ogromnu i vrlo naučnom poduzeću, čovjeka, i umom i naukom i energijom i odanošću potpuno dorasla u osobi

redovnog profesora Odeskog Univerziteta državnog savjetnika g. Valtazara Bogišića, sina susjedne nam dične Dubrovačke oblasti... Za ovo upravo Carsko dobročinstvo Mi i sva Crna Gora, ostajemo i Caru Oslobođitelju (Aleksandar II - prim. aut) i Caru Zaštitniku (Aleksandar III - prim. aut) Slovenstva... Sjajni državni ceremonijal na Cetinju prilikom proglašenja, praćen je veseljem narodnih masa.

Bogišić okuplja oko sebe crnogorske pravnike, poučava ih, savjetuje i objašnjava im Zakonik. On ide od suda do suda, drži konferencije i daje uputstva u primjeni Zakonika. Istovremeno, pribira građu od umnih ljudi iz naroda za dopunu Zakona i za kodifikaciju porodičnog i nasljednog običajnog prava.

Dio II - Običajno pravo u Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru²³

Zakon koga ne zrcali realno
biće naroda je mrtvo slovo.

K. Vojnović,

("Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, obzirom na ostalo crnogorsko zakonarstvo." Zagreb, 1889.)

Bogišićev pristup i učenje o običajima u izradi opšteg imovinskog zakonika

Pristupajući radu na izradi Opšteg imovinskog zakonika, Valtazar Bogišić, imao je u vidu načelo rimskog prava: non regula vitam, sed vita regulam ("pravo ne stvara život, nego život stvara pravo"), kao i maksimu Savinjijeve škole: Novo pravo ne oblikuje novo društvo, već novo društvo stvara novo pravo.²⁴

Kad se prihvatio poziva za izradu jednog zemaljskog zakonika, kojim bi se izvršila kodifikacija imovinskog prava u Crnoj Gori, a koju mu je uputio cmogorski suveren Knjaz Nikola I, preko Ruskoga poslansva neposredno Ruskom imperatoru, Valtazar Bogišić je od početka bio načisto sa dvije

²³ v: dr Niko S. Martinović: Valtazar Bogišić I – Istorija kodifikacije crnogorskog imovinskog prava, Cetinje 1958.

²⁴ Savinji, O pozivu našeg vremena za zakonodavstvo i pravnu nauku, 1814.

stvari: prvo, da njegova kodifikatorska radnja ne smije biti prosto kopiranje prethodnika i autoritativnih uzora svjetske legislacije, i drugo, da njegova kodifikacija mora biti takva da odgovara stvarnim potrebama, prilikama i uslovima zemlje za koju se zakonik piše, kao i svim zahtjevima nauke, u najširem smislu značenja, ili kako je to, u projektnom zadatku za izradu jednog zemaljskog zakonika iz 1872. g., izraženom u pismu Knjaza Nikole I, ruskom konzulu Joninu, izraženo: "a koji bi se imao sastaviti shodno potrebama, okolnostima, osjećajima, tradiciji i običaju".

Sam po sebi, Bogišićev cilj da Crnu Goru izučiti kao pravnu samorodicu i da u svojoj kodifikaciji uzme običajno pravo kao izvor za nauku ne predstavlja ništa novo, kao niti da se nađu razlozi i dokazi za snagu običaja u životu u pravnom razvitku. Suština je bila u daleko značajnijem i za teoriju i kodifikaciju dubljem problemu - u stvaranju i ozakonjenju čitavog sistema imovinskog prava koji bi za osnovu imao sistem narodnog prava, odnosno onog i onakvog prava koje je nicalo i razvijalo se u datoj sredini i datim istorijskim uslovima.²⁵

On je shvatio običajno pravo²⁶ kao živi organizam koji se rađa i razvija u životu jednog naroda nezavisno od zakona.

Bogišić je prihvatio Savinjičev stav da pravo ne postoji autohtono već da njegova suština potiče iz narodnog života.

On ne prihvata učenje istorijske škole bez rezerve i nekritički, koji mu je princip omogućio da pređe na teren sociološkog metoda. Smatrao je da pravna istorija ne smije biti diskriptivna niti da se zasniva na prostom nabranju juridističkih fakata, jer se tada ne bi razlikovala od manastirskih ljetopisa. Isticao je, da istoričar prava treba da obrati naročitu pažnju prema ostalim starinama narodnog života: geografski položaj, ekonomski život, socijalni odnosi, religija, karakter, politička istorija, karakter susjednih naroda i dr.²⁷

²⁵ Dr Tomica Nikčević, O naučnom metodu Valtazara Bogišića i njegovoj raspravi: Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori, Beograd, 1967. str. 1-31 (uvodna studija).

²⁶ O običajnom pravu, njegovom sociofilozofskom i pravnom pojmu kao i o pravnosti običaja, vidjeti bliže: prof. dr Milorad Ivović: Pojam običajnog prava i shvatanje Valtazara Bogišića o pravnosti običaja, CANU, Zbornik: Stogodišnjica OIZ-a, Podgorica, 1989.

²⁷ V. Bogišić, O značaju pravnih običaja, Zagreb, 1874. str. 34.

Bogišić je izrazio protivljenje koncepciji pisanja sveopšte istorije pojedinih pravnih instituta a još više bio protivnik pisanja tzv. univerzalne istorije prava, čime se zanosio poljski istoričar prava Maćejevski.²⁸ Bogišić je bio svjestan da bi se takvim konceptom obrade, na univerzalni način, pojedinih instituta, odnosno sveopšte istorije, zanemarile specifičnosti i autonomne karakteristike pojedinih naroda i njihovih pravnih kultura.

Izlažući svoje teze o važnosti i ulozi pravne istorije, Bogišić je primarnim smatrao dokazivanje vlastitog naroda, vlastitosti narodnih svojstava, o čemu boljih i tvrdih dokaza nema od narodnog prava, najprije narodnih običaja kao najneposrednijeg izraza narodnoga.

Bogišić je isticao, ne samo za istoriju naroda uopće i za istoriju narodnog prava da je korisno poznavanje pravnijeh običaja nego i za sve druge srodne pravne nauke koje se bave istraživanjem, jer sve te nauke nijesu ništa drugo nego različite grane koje izlaze iz jednoga jedincatoga korijena - narodnoga života i u njemu se opet sjedinjuju.²⁹ On je smatrao da je pravo psihičko svojstvo naroda.³⁰ U zlatnom dobu rimskog prava važno je nesporno načelo da se pozitivno pravo mora oslanjati i svoju životnu snagu crpsti iz narodnog običajnog prava.³¹ Pretorovi edikti su počivali na narodnom pravnom shvatanju, sami zakoni ne moraju biti doneseni niti postojati isključivo u pisanom obliku. Pravni običaji, smatra Bogišić, nastaju kao proizvod duha jednog naroda i to mnogo prije nego je ikakva pisanog zakona bilo.³² Kasnije nastali pisani zakoni i uopšte pisano pravo, što su drugo pitao se Bogišić, nego većim dijelom opisani narodni običaji koji se na pravo donose.³³

Prikupljanje i izučavanje pravnih običaja je, po Bogišiću, jedini put da se postignu dva osnovna zadatka: prvo, da se upozna karakter i uloga pravne samorodice svakog naroda, drugo, da se povede uspješna borba protiv fetišiziranja i

²⁸ V. Bogišić, Pravni članci i rasprave, str. 35.

²⁹ Dr J. Danilović, Život i rad Valtazara Bogišića, "Pravni život", 2/85, str. 79-80.

³⁰ V. Bogišić, Istorija slovenskih prava, str. 288. Biblioteka, Cavtat.

³¹ Dr F. Čulinović, Narodno pravo, "Pravosuđe" 3/1937., str. 189.

³² V. Bogišić, Pravni običaji u Slovena, str. 4.

³³ Ibid, str. 6.

mehanicistiškog unošenja rimskog prava koje više nije odgovaralo potrebama narodnog saobraćaja.³⁴

Bogišićev sistem kodifikacije običajnog prava putem metoda inkorporacije

Na početku svog kodifikatorskog rada Bogišić je uspostavio ciljeve koje svaki građanski zakonici donose: 1. da zapriječe da sudije budu zakonodatelji, 2. da ograde svakoga od sudijske samovolje, 3. da utvrde ujedinjenje narodno i državno. On je proučio, da crnogorski pravni duh zasnovan na načelima bistre pameti, zdravog razuma i poštenog srca ne može inokosno krčiti dalje puteve u pravnoj kulturi i pravnom uređenju jednog društva bez učenih pravnika, smatra Bogišić, nema "kažiputa" u pravljenje sustavnoga zakonika.

Iako svaka kodifikacija ima svojih opštih ciljeva, ona ima i posebnijeh, posve vlastitijeh zemlji i njenoj epohi, a za te posebne ciljeve koje treba postići, treba da su nepobitno udešena i sredstva k njihovom postizanju. Njemački naučnik Danc utemeljivač je metoda uzakonjenja prava njegovim utjelovljenjen, odnosno kodifikacije prava putem inkorporacije. Utjelovljenje prava ide za tim da se razluči od dosadašnjeg prava što je zbilja vrijedno. Ono ne kaže kako se uzakonjuje - "dovle i ne dalje", nego - "odavde, dalje". Kodifikacija, nasuprot, prihvata kao pravo što se kodifikatoru čini da je pravo, dok inkorporacija hoće ono što je pređašnje pravno vrelo htjelo. Kod kodifikacije nema mosta sa starim vrelima, dotle inkorporacija iz dosadašnjeg prava svoje vrelo crpi.³⁵ Bogišić je pošao od načela usvojenih na V (Petom) pravničkom Kongresu u Njemačkoj 1876. godine: 1. Zakon i običaj postoje od početka kao samostalna pravna vrela sa istom važnošću. 2. Ukinuće običajnog prava nije moguće bez velikog razloga. 3. Običajno pravo kao popunjujuće pravno vrelo se, samo iz osobitih razloga, može ispravljati ili ograničiti.

Bogišić je uspostavio tzv. spoljne granice kodifikacije (u smislu materijalnog sadržaja zakonika koje opšte imovinsko pravo uređuje bez porodičnog i nasljednog prava - predmet) i

³⁴ V. Bogišić, O značaju pravnih običaja, str. 32.

³⁵ Dr Kosto Vojnović, Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, obzirom na ostalo crnogorsko zakonarstvo, Zagreb, 1889. g.

unutrašnje granice pod kojim je podrazumijevao "masu predmeta koji će ući u pojedine djelove njegove kao pravila pojedinih predmeta"³⁶ (sadržaj).

Korelacije zakona i običajnog prava

Zakonik nema pretenziju da je u njemu sve i svja, jer takoga zakonika biti ne može, smatra Bogišić, jer bi on bio protiv prirode. Bekon je isticao: natura enim non nisi parendo tricitur. Svak znade kakvo značenje ima za Crnu Goru običajno pravo koje je do sada imalo gotovo isključivo gospodstvo u upravljanju životom te zemlje.

Julijan us je tvrdio da se putem običaja može ukinuti zakon (Digesta, Knjiga III str. 32) De quibus causis scriptis legibus non utitur id custodiri oportet quod minibus est consue titive indictum est). Car Konstantin također je dopuštao nadjačavanje običaja putem zakona - (Corpus iuris civilis, Lib. VIII - iako je običaj vrlo snažan on ipak ne može razložnost ili zakon nadmašiti).

Bogišić je smatrao da treba uzeti pravila običaja kao popunu zakonika te da ga što je više moguće treba izravnati sa zakonom u pogledu važnosti, i da je to posve prirodno.³⁷

Već je naukom dokazano, smatra Bogišić, da se pravila običaja ne daju nikako ignorirati. Za svu Crnu Goru može se kazati, to što kaza Tacit o Germanima: plis possunt noves quam alii leges.

Ako se novim zakonom može zamijeniti stari to se isto i običaja tiče, jer je to ukorijenjeno u samom običaju i duhu naroda.

Do kog stepena može ići negacija običaja od strane zakona? Na ovo pitanje Bogišić odgovara: samo dok je to u saglasju sa živim potrebama života i u harmoniji sa duhom drugih uredbi s kojima su u svezi. U suprotnom život će putem običaja preći preko uredbi ili pojedinih njegovih pravila.

I običaj ima svoj život, smatra Bogišić, svoju biologiju, i ona kao svaka druga ima svoja tvrda pravila. Nasuprot shvatanju da je pravilo običaja tvrdo i nepomično, Bogišić je

³⁶ V. Bogišić, Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori, Beograd 1967, str. 85.

³⁷ Ibidem, str. 103.

smatrao da je gipkost i rastežljivost običaja njegovo preimućstvo naspram nepokretnome i ukočenome pisanom zakonu. Izvor te gipkosti i elastičnosti nije sam običaj kao takav nego quod natura - čuvstvo pravde. O pravilima koja dolaze od pravde i pravice mi govorimo najposlije, kaže Bogišić, ne samo zbog toga što je pravda i pravica glavni temelj svim pravilima, nego i zbog toga što, po prirodi, zakona, treba se služiti najprije pravilima koja su bliže životu, imenom u zakonu i običajima, "dočim tek kad se već vode na površju ne nalazi, treba ju traziti u dubinu". "Ja naročito ne htjedoh naznačiti red upotrebljenja pojedinih vrsta izvora, jer krajnja različitost pojedinih slučajeva to ne dopušta, a ostavlja sudiji da taj red opslužuje, kako nađe da je priličnije slučaju. Nužno je bilo tek naznačiti, kao prvi zakon, a za njim, običaj".³⁸ Ovako je razmišljao Valtazar Bogišić o ključnim postavkama u korelaciji zakona i običaja.

Zakonodavac ima veliko pouzdanje u svoje sudove dajući im slobodu u ocijeni slučajeva jer to odgovara prirodi građanskoga pravam crnogorskim prilikama, kaže Bogišić, ali i dodaje, i zbog: 1. nevelikog prostranstva Crne Gore gdje su sve osobitosti i u drugim krajevima poznate, 2. u Crnoj Gori može se odista kazati "Iura novit curia", i to nije fikcija, usljed čega je kontrola suđenja u njenim sudovima potpuna; 3. svaki čovjek u Crnoj Gori, iz svakog sloja, misli o svim društvenim poslovima pa i o zakonima i pravdi (mi dodajemo o univerzumu i slobodi kao ultima ratio života i pravdi kao kosmičkoj kategoriji i temeljnoj vrijednosti života), jer kako Petar II Petrović Njegoš reče: "Zasja sveta carica sloboda; Svete pravde strogi su zakoni." 4. u Crnoj Gori bez silne potrebe, sudija nikako neće odstupiti od zakonskog uređenja (Međutim, u pravnom životu Crne Gore bilo je izuzetaka. Tako je članom 47. Danilovog Zakonika bila data vlast ocu da ako hoće ne da dijela sinu koji ga ište, pa ipak je ovo pravilo bilo protiv običaja i nije primjenjivano - što je Bogišić doznao od svojih anketara).

U Opštem Imovinskom Zakoniku u potpunosti je održana uzajamna veza Zakonika i običaja, a što se ogleda u sljedećim postavkama: 1. kautelom 2. Zakonik je priznao dobromu običaju popunjavajuću moć praznina zakonskih; 2. kao običaj, uzima se "ono pravilo koje se drži i koje vlada u

³⁸ Ibidem, str. 149.

narodnom i sudskom životu a nije ušlo među pravila pisanog zakona (čl. 779); 3. kod tumačenja zakona putem analogije ("podobija"), uspostavio je Zakonik princip da ako za neki osobit posao ili slučaj ne bude ni u Zakoniku ni u običajima određenih pravila, red se je vladati po podobiju drugih sličnih pravila, tj. utemeljenih koliko iz zakona toliko iz običaja (čl. 3); 4. u slučaju kolizije zakona i običaja (čl. 777), bude li prilikom tumačenja pokazano da uzakonitelj nije pri postavljanju pravila mislio o vrsti poslova o kojoj je riječ biva da o tome ni pravila u zakonu nema, u takome slučaju je sucu postupiti po onome što je naređeno članom 2. i 3. ovog Zakonika, ali ukoliko se god može, imajući pred očima opšti smjer i duh ostalih zakona koji se bave poslovima jednake ili podobne ruke" (čl. 777).

Zakone koji dolaze u koliziji sa običajima treba razdijeliti na dvije kategorije: 1. na one kod kojih je zakonodavac pri svome poslu o pravnome običaju sa svime njegovim odnosima sa institutom o kome zakon govori, 2. na one kod kojih zakonodatelj nije znao običaj u vrijeme kad je zakon ustanovljivao.³⁹ Valtazar Bogišić je kolizije, u ovakvim slučajevima rješavao kroz sledeće metodološke postavke: u prvom slučaju, zakon je stariji i ne može biti govora o ravnopravnosti običaja i zakona, a u drugom slučaju stoje u oprijeci pravne ustanove istovjetnog vrela. Na kritiku da se ovim slučajem dokazuje neznanje zakonodavca i krnji njegov ugled, Bogišić je govorio da same dopune zakona znače "nijekanje sveznanja zakonodavca", a da nauka smatra da je sveznanje nemoguće. U ovom slučaju (slučaj drugi, prim. autora), sudija koji želi da donese pravednu presudu ne mora da poznaje sve okolnosti slučaja a poznavanje ovih okolnosti je nepotrebno zakonodavcu jer on ne rješava samo jedan slučaj već unaprijed hiljade i hiljade slučajeva. Ako zakonodavac nije poznavao ni odnosni narodni odnošaj pa se poštovanje zakonske norme graniči sa besmisлом, s obzirom na pravilo "Iura novit curia", ako se pravo zasniva na volji zakonodavca, onda se može postaviti pitanje kakva je to volja koja počiva na neznanju, razmišlja Bogišić, uređujući sistem razrješenja odnosa u mogućim sukobima zakona i običaja.

³⁹ V. Bogišić, Pristup za građu u odgovorima iz različitih krajeva slovenskog juga, Zagreb 1874.

Dio III - **Valtazar Bogišić kao crnogorski ministar pravde**

Da bi pokazao svoju privrženost Crnoj Gori i ljubav spram svog Zakonika, Bogišić prima portfelj Ministra Pravde i Glavni državni pravni savjetnik i član Državnog savjeta na Cetinju, 27.02.1893, da uredi sudove, donese sudske naredbe i uredbе, popuni sudove i stvori osnove sudijske jurisprudencije. Veliki zakonodavac, veliki je i kao ministar pravosuđa i državne uprave. Otpočinje rad na organizacionoj reformi sudova, donošenju zakona i naredbi o njihovom ustrojstvu. On zatiče kapetanske sudove, Okružni sud u Podgorici i Nikšiću i Veliki sud na Cetinju. Uvodi okružne sudove u svim glavnim mjestima u zemlji, pored postojećih u Kolašinu, Rijeci Crnojevića, Čevu i Virpazaru. Preko Velikog suđa na Cetinju, kao nasljednika starog Senata donosi akte vlasti iz oblasti sudskog prava, naredbe: o ukidanju tjelesne kazne, o podjeli nadležnosti između sudske i administrativne vlasti, o plemenskim komunicama, o apelacionim predstavkama o parničnim troškovima, o načinu odlučivanja kolegijalnih sudova i dr.

Velikim reformatorom učinio ga je naročito Zakon o vanbračnoj deci iz 1894. kojim ukida dotadašnje konzervativno shvatanje o vanbračnoj deci, određujući kod sudova novčane fondove za njihovo izdržavanje. Glavna mu je briga, ipak, bila uzdizanje ugleda sudova i sudija, nezavisnost njihova u izricanju pravde i organizovanje sudske vlasti kao samostalne. Vodi brigu o obrazovanju sudija, njihovom položaju i materijalnoj nezavisnosti. Na dužnosti ministra ostaje do 1899. kada odlazi u Pariz, gdje nastavlja svoj naučni rad. Njegov nasljednik na dužnosti ministra pravde, dr Lujo Vojnović, dovršiće veliko reformatorsko djelo Bogišića u oblasti pravosuđa.

Kao Ministar pravde Bogišić je izdao 11 ministarskih naredbi, koje su u materijalno-pravnom smislu, predstavljale zakone. Njima je uređivao organizaciju i procesni život sudske vlasti. Takođe, on je za svoga ministarskog mandata putem okružnica i raspisa (10) crnogorskim sudovima – kapetanskim sudovima i načelstvima putem odgovora plemenskih kapetana sabirao građu o problemima sudskih vlasti u svome radu, materijalno-pravnim pitanjima primjene OIZ-a i pravne prirode

pojedinih segmenata običajnog prava, kako bi uspostavio jedinstvo judikature u crnogorskom sudstvu.⁴⁰

Dio IV - Bogišić i anketa o crnogorskim pravnim običajima, velikosudije i crnogorska pravna samorodica

Opšti imovinski Zakonik, za Knjaževinu Crnu Goru, „postavljen“ je (donijet, usvojen, dekretom vladara snabdijeven) 25.03.1888.g., „proglašen“ (obnarodovan nakon objavljenja u službenim novinama) 26.04.1888.g., a „na snagu stupio“ 01.07.1888.g.

Za izradu Prijedloga Opšteg imovinskog Zakonika za Knjaževinu Crnu Goru, Knjaz Nikola I Petrović formirao je, po prijedlogu dr V. Bogišića, na početku rada po tom projektu, Odbor za pregledanje i pretresanje cijele osnove Zakonika, u koji su ušli dr Valtazar Bogišić (1834-1908) doktor filozofije (Giesn, 1862.) i doktor pravnih nauka (Beč, 1864.), profesor slovenskih prava na Univerzitetu u Odesi, kao predsjednik Odbora, ili kako ga je Bogišić nazivao „zakonotvorne Komisije“, i članovi Velikosudije, članovi Velikog Suda: Serdar i senator Jagoš Blažov Radović (1847-1919) iz Martinića (Bjelopavlići), Vojvoda Đuro Matanović (1825-1900), Čeklići (Katunska nahija) i vojvoda Gavro Vuković (1852-1928), koji je svršio pravne nauke na Velikoj školi u Beogradu 1883., sekretar crnogorskog senata, ministar inostranih djela i predsjednik Državnog Savjeta. Pisari (zapisničari) bili su: za prvo čitanje – Nešo Zeković, a za drugo – Simo Martinović.

Prvo čitanje obavljeno je u tri navrata, na Njegušima i Cetinju, tokom 1881/1882.g., Drugo čitanje na Cetinju od 10.07. do 26.09.1885.g., kojem je pored članova Odbora prisustvoao i učestvoao u raspravi i Knjaz Nikola, Vojvoda gospodin Božo Petrović, vojvoda Stanko Radonjić i princ Petar Petrović, dok je Treće čitanje obavljeno na Rijeci Crnojevića od 02. do 11. decembra 1885.g.

Prilikom proglašenja (obnarodovanja) Opšteg imovinskog Zakonika, na Cetinju, pred Biljardom, na velikoj i svečanoj manifestaciji crnogorskog naroda 26.04.1888.g., crnogorski

⁴⁰ Dr Radoslav M. Raspopović: Odgovori crnogorskih sudova na ministarske naredbe Valtazara Bogišića, str. 12-13, Podgorica 2005.

knjaz i Gospodar Nikola I, pored ostalog izrazio je javnu zahvalnost dr Bogišiću „čovjeku koji umljem svojim svijetli ne samo među prvim sinovima našeg naroda na jugu slavjanskom, nego svijetli i u redovima prvaka svjetske obrazovanosti“, ali i javno priznanje „svim onim ljudima, članovima Velikog Suda našega koji su svojim bogatim mnogogodišnjim iskustvom, svojim poznavanjem običaja, navika i naravi naroda našeg, svojim u praksi stečenim neposrednim opažanjem svega što se na pravosudnu struku odnosi, znatno pripomogli tvorcu ovog našeg građanskog zakonika da mu djelo dobro pođe za rukom“. (Glas Crnogorca, broj 18, 01.05.1888.)

Sam doktor Bogišić o radu navedenih članova Odbora, kazao je: Radović (rodom iz Bjelopavlića), kao sin vojvode i pismen, predstavlja čovjeka bliska narodu, a što se tiče znanja i pogleda, on se može ravnati s bilo kojim Crnogorcem po prirodnoj bistrini. Vojvoda Matanović (iz Katunske nahije), iskusni 70-godišnji starac, poznaje ne samo svu Crnu Goru, nego njene običaje i potrebe, ali je i čovjek koji je upoznat s evropskom stvarnošću. On je i član Državnog savjeta. Vuković (iz Vasojevića) je sin vojvode velikog plemena Vasojevića, koji je završio pravo u Beogradu i do imenovanja za člana Velikog suda nekoliko godina je bio njegov sekretar.

Nadalje, doktor Bogišić, opisujući klimu povjerenja u radu članova Odbora, navodi da mu je knjaz Nikola „dao potpunu disciplinarnu vlast nad članovima...Bilo je slučajeva da ministar pravde i predsjednik Državnog Savjeta i istovremeno predsjednik Velikog Suda, gospodin – vojvoda Božo Petrović, pozove tokom naših zasjedanja ovoga ili onoga člana u Sud, za rješavanje kakvog posla, ne želeći da prekidam diskusiju i raspravu, ja ih obično nijesam puštao, a oni su svesrdno ostajali do kraja zasjedanja... i rado, bez obzira na umor, dolazili na nastavak zasjedanja, koje je obično počinjalo u dva časa popodne, a završavalo u šest časova uveče. Ta njihova tačnost i urednost u dolaženju na zasjedanja prouzrokovala je da ih na Cetinju proglase učenicima profesora Bogišića.“ (V.Bogišić, Izvještaj ruskom ministru prosvjete, 15.05.1882.)

Doktor Bogišić izvodi opšti dojam i utisak o navedenim članovima zakonotvorne Komisije sljedećim riječima: „To su bile pametne iiskusne ličnosti... Što su shvatili najfinije finese

pravila i znali jasno da daju svoje mišljenje o njihovoj primjenjivosti u crnogorskim okolnostima.“ (Izveštaj ruskom ministru prosvjete, 15/27.05.1882.)

Poznati crnogorski mudrac i junak, kapetan Lukovske kapetanije i komandir Župsko-lukovskog bataljona, predsjednik Oblasnog suda u Nikšiću, Jefto Miletin Nikolić (1836-1899), kasnije član Velikog suda na Cetinju i okružni načelnik u Nikšiću, bio je među najboljim poznavacima običajnog prava i bio lični konsultant Valtazaru dr Bogišiću na izradi Zakonika. Kada je tokom rada na projektu, trebalo razmrsiti zapletene konce samoniklih pravnih ustanova i njihove prirode i ciljeva, Bogišić je zamolio Knjaza Nikolu da mu pošalje na Rijeku Crnojevića najboljeg poznavaoa običajnog prava, a ovaj je odmah uputio Jefta Nikolića, koji je sa Bogišićem proveo nekoliko mjeseca u razgovorima oko tumačenja i objašnjenja običajno-pravnih ustanova. Bogišić se zahvalio Knjazu Nikoli govoreći „da je mnogo svijeta proputova, ali da je tako bistrih i umnih ljudi rijetko srijetao, a da je kakvim čudom ovaj čovjek svršio pravne nauke, on bi proslavio evropsku jurisprudenciju“. Knjaz je duhovito odgovorio dr Bogišiću, riječima vedrog tona i oduševljenja: „Baldo (tako su Crnogorci oslovljavali doktora Bogišića, jer mu je rođeno ime Baltazar – prim Č.B.), od Jefta i njegovih mudrih riječi ni ovako ne može doći do riječi, a što bi tek bilo da se na škole vrga“ (Marko Vujačić, Znameniti crnogorski hercegovački junaci, 1990., str.480).

Imajući u vidu da je u dodirnoj vezi sa Opštim imovinskim Zakonikom, navodimo da je poznati drobnjački mudrac, plemenski kapetan i sudija Oblasnog suda u Nikšiću, inače vrsni znalac običajnog prava Crnogoraca, Gruban Cerović (1839-1906), iz Tušine, odmah po postavljenju Zakonika, okupljenom narodu pred sudnicom drobnjačke kapetanije kazao:“ Šipak ću vam suditi, Drobnjaci, kad ste mi ukrali zakon“. (dr B. Kovačević, M. Miljić, Drobnjačke dalije i presude 1872-1902, Podgorica, 2005)

Ove zanimljivosti povodom istorijata stvaranja Opšteg imovinskog Zakonika, samo posvjedočuju da je „ovaj pravni spomenik koji naliči na velike i jake svetionike što u dubokoj tami ugroženi brodarima ukazuju put u mirnu luku“ (dr F. Čulinović), dok je francuski akademik Dareste (Pariz, 1899.) napisao: „Ovo djelo na čast učenom pravniku koji ga je izveo

ali i vladaocu koji ga je nadahnuo“. Jurisprudencija, sociologija prava, filologija i etnologija, su dodali da je koautor ovog pravnog spomenika i crnogorski narod i njegovi duhovni gorostasi koji su stvarali crnogorsko običajno pravo, kojeg je Bogišić znalački, metodom inkorporacije (uzakonjenja), kao velikog sistema kodifikacije, integrisao zajedno sa modernim evropskim ustanovama imovinskog prava, kao ravnopravni izvor i instrument u reguliranju društvenih odnosa koji se dotiču imovinskog prava. To potvrđuje i činjenicu što je dr Bogišić u Opšti imovinski Zakonik ugradio samo imovinu i dugove, stvarno i obligaciono pravo kao čisto imovinsko pravo, dok je iz projekta „izlučio“ (isključio) porodicu i nasljeđe, porodično i nasljedno pravo, koje je toliko osobito i originalno u Crnoj Gori, da ju je zbog te autentičnosti i jedinstvenosti u kulturi ljudske civilizacije V. Bogišić Crnu Goru nazvao „pravnom samorodicom“.

Inače sam Opšti imovinski Zakonik rezultanta je Bogišićevog prethodnog grandioznog poduhvata u proučavanju običajno-pravne prakse u Crnoj Gori, koji je kao „predugotovinska“ radnja (prethodni naučni i sociološki ispit) formulisan u posebnom Upitniku (Questionaire) za Anketu o običajnom pravu u Crnoj Gori, Albaniji i Hercegovini, u kome su iskazana pitanja za cjelokupni ekonomski, socijalni, administrativni, politički, kulturni život Crne Gore, formulisan u 2181 pitanju od kojih je 1776 lično i vlastoručno sačinio sam Bogišić (i taj poduhvat je suvo zlato za rekonstrukciju crnogorskog običajnog prava o kom mi danas ne bi ništa mogli saznati bez tog kolosalnog poduhvata koji čini veliku kulturnu baštinu i nematerijalno blago crnogorskog naroda, i on se mora posmatrati u simbiotičkoj vezi sa zakonodavnim projektom (OIZ), koji je kao prethodno zamišljeni građanski zakonik koji zbog svoje originalnosti i jedinstvenosti pravnih ustanova kakvih nema u Opštoj pravnoj civilizaciji, reduciran na imovinsko pravo, što znači da se građanski kodeks nije mogao podvrći sistemu kodifikacije). On je za taj poduhvat odredio stalne izvjestioce – „odgovorioce“, za pojedina područja društveno-socijalnog života, i to: vojvodu Đura Matanovića za Staru Crnu Goru i Katunsku nahiju, serdara Jola Piletića za Pipere i dio brda, bivšeg senatora Vida Boškovića za Bjelopavliće, vojvodu Đura Cerovića za Hercegovinu i Drobnjak, vojvodu Marka Miljanova za Albaniju i Kuče, i

arhimandrita Visariona Ljubišu za crkveno-pravne odnošaje (Upitnik je objavio dr Niko S. Martinović u djelu Valtazar Bogišić, Upitnik za opisivanje pravnih običaja Crnogoraca, Cetinje, 1964., a Upitnik i Anketu u cjelosti priredio je dr Tomica Nikčević u djelu Valtazar Bogišić, Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji, Titograd 1984.). Bogišić je svoju Upitnik za Anketu obradio u 20 tematskih cjelina, posebnih pravnih grupa za pojedine pravne oblasti društvenog života, među kojima i crnogorsko običajno krivično pravo, što je u skladu sa idejom Knjaza Nikole da se sačini zemaljski zakonik, kao kodeks javnog i privatnog prava.

Tako se cjelokupni kolosalni projekat sa početne tačke, po ideji Knjaza Nikole, u pismu ruskom poslaniku A. Joninu u Dubrovniku, zamišljen kao Zemaljski zakonik (Knjaz je zamišljao da to bude kodeks propisa iz ustavnog, administrativnog, javnog, porodičnog, nasljednog, imovinskog i trgovačkog prava) preko Građanskog zakonika, sveo na čisto imovinsko pravo (bez porodice i nasljedstva) što po opravdanom i naučnom konceptu Bogišića ne spada u građansko pravo, pa i kada bi tako bilo, u Crnoj Gori ne bi bilo moguće, jer se to ne bi moglo oblikovati u građanski zakonik s obzirom na posebitost, samoniklost, originalnost i autentičnost, niti je bilo zrelo, kao takvo, da se uobličići posebnim zakonima.

Dr Valtazara Bogišića smrt je prekinula 24.04.1908.g., u Rijeci, na povratku u rodni Cavtat, u jeku najvećeg zamaha svojih intelektualnih pregnuća, rekavši da mu je njegov rad donio opšte priznanje i slavu, ali ga je i toliko iscrpio „da mu je pozobao najbolje njegove snage“.

Dio V - Znamenja poduhvata – odjeci i obzorja

Kolosalna ekspresija uma i duha, sinteza grandiozne erudicije što je obuhvatila temeljnu znanost svih humanističkih nauka i filozofije – doktor jurističkih nauka, doktor filozofije, povjesničar, istoričar civilizacije, sociolog, etnolog, filolog, antropolog i poliglota, nenadmašni poznavalac narodnog života mnogih civilizacija – veliki Baltazar Bogišić (rodno mu je ime Baltazar dato po njegovom djedu, pa ga je i crnogorski suveren Knjaz Nikola iz milošte zvaao nadimkom Baldo) – posve je otjelotvorenje humanističko-filozofskog

stajališta Anselma Fojerbaha (1775-1835): “Empirijsko znanje daje jurisprudenciji tijelo, filozofsko znanje daje joj duh”.

Bogišić je izraz Jaspersove teze da u kulturi savremene civilizacije stvarnost se uzdiže do simbola posredovane supstancijalnosti kad filozofija postaje ovaploćena poezija, a svaki veliki istraživač postaje filozof (K. Jaspers, Filozofija).

Bogišić je spoznao prirodu običajnih normi i običajnog narodnog prava kao socijalnog medijuma koji se ostvaruju kao nepisani zakoni, što je podignut na nivo principa i egzistencijalne norme života kao realno postojeće općenitosti i uslova socijalnog života, jer je običaj djelatno-misaono i voljno-duhovno privikavanje ljudi na zajednički život u socijabilitetu sačinjenom od legitimnog i moralnog u kojem njegovi žitelji uzrastaju do samosvijesti i samosvijesnih djelatnih bića zbog čega je običaj izraz ljudske autonomije kao procesa djelatne forme opstojnosti a što znači ostvarenje same ideje slobode i potvrda Hegelovog stava da je cjelokupno svjetsko-istorijsko biće kretanje duha ka ideji slobode. I sama ideja prava izrasta iz ideje morala a ovaj iz ideje slobode zasnovanoj na postulatima čovječnosti i hrabrosti da se ostvari Kantov kategorički imperativ: Uvijek gledaj da voljnost tvoje radnje i htjenja ima za svrhu (a ne sredstvo) čovjeka i čovječnost, čime se dolazi do ideje pravde kao *modus vivendi* života, jer u suprotnom život ne bi imao nikakvog smisla. Sam Bogišić je imanentnim svojim učenjem o posebitosti narodnog duha rođenog u prapočetku ljudske zajednice koji izražava njen autentični duh i pravnu prirodu običajno-pravnih ustanova zahvaljujući kojima su vjekovima održani u životu mnoge narodne zajednice pa i sama civilizacija, jer je ideja običaja ideja autonomije, dok je heteronomija izvor moralnih izopačenja u kojoj je čovjek sveden na pokornost, zbog čega su antički sofisti upozoravali da je pisani zakon tirjanin ljudi koji vrši nasilje nad njihovom prirodom (Kalikala) te da su oni – pisani zakoni – “grobница ljudske slobode” (Hipija). Bogišić potvrđuje svojom umnom atribucijom Hegelovo stanovište da je običaj ono što pripada duhu slobode, a da je sama država ozbiljenje običajnosne ideje, a to znači ozbiljenje čovjekove slobode kao građanina u državi kao zajednici ljudi, čime se ostvaruje jedinstvo morala, prava i politike, pri čemu je običajnost bitni aspekt svih društvenih odnosa, te da se običajno-pravni fenomeni mijenjaju u svojoj fenomenologiji i

prilagođavaju društvenoj dijalektici promjene i kretanja, bez obzira što slabi njegova priroda instrumenta društvene regulacije.

Bogišić je narodni, običajno-pravni život crnogorskog naroda obukao, putem ingenioznog metoda inkorporacije, u modernu evropsku odeždu jurisprudencije, što je jedinstven poduhvat u sveukupnoj pravnoj civilizaciji, pa je i sami Opšti Imovniški Zakonik za Knjaževinu Crnu Goru preveden na pet svjetskih jezika: francuski, španski, njemački, italijanski i ruski, a prema nekim izvorima, u novije vrijeme, i na engleski.

Grandiozni Bogišićev poduhvat vezan je za njegove predugotovne radnje na izradi OIZ-a kojom je učinio trajni spomenik crnogorskoj praiskonskoj blagodeti: slobodi, pravdi i pravici i etici crnogorskog čovjeka time što je krajem 1873. g. sačinio Upitnik za Anketu o crnogorskim pravnim običajima kao sastavnom dijelu ukupnog Upitnika – Ankete o pravnim običajima u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji, u kome je inkorporisao 2181 pitanje čije je odgovore pribavio preko mudrih, umnih i pametnih izvjestilaca – odgovorioca, velikih poznavalaca običajnog prava – vojvoda Đuro Matanović, vojvoda Đuro Cerović, vojvoda Marko Miljanov, serdar Jole Piletić, senator Vido Bošković, arhimandrit Visarion Ljubiša, arhimandrit Nićifor Dušić, velikosudija Jagoš Radović, Marko Dragović i Risto Popović. Na osnovu prikupljene građe koja predstavlja životni poduhvat ingenioznog tvorca velike crnogorske imovinsko-pravne kodifikacije mogla se realizovati Bogišićeva zamisao o jedinstvu zakonskih i običajno-pravnih izvora, o jedinstvu prava i morala čime je realizovao svoj metod kodifikacije putem inkorporacije, čiji je utemeljivač njemački naučnik Danc, koja gradi most sa starim vrelima i iz dosadašnjeg prava svoje pravno vrelo crpi, sjedinivši zakonsko i običajno pravo i time zakonsku kodifikaciju prilagođavajući životnim potrebama, uslovima, običajima, navikama i tradiciji narodnog života.⁴¹

Time je Bogišić otkrio Crnu Goru kao pravnu samorodicu gradeći samonikli i jedinstveni pravorijek jurisdikcije u ljudskoj istoriji, suđenjem po pravdi i pravici, i

⁴¹ V. Bogišić: Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji, Titograd 1984. (priređio i predgovor – uvodnu studiju napisao dr Tomica Nikčević); dr Radomir Prelević: Odgovori Marka Miljanova u Bogišićevoj Anketi o pravnim običajima, Podgorica 2016.

suđenjem po duši i savjesti. Pa ko ne poznaje tu prirodnu sistemu crnogorsku on ne može poznati zašto se Crna Gora može klasičeskom zemljom slobode nazvati (Petar I Petrović).

Zajedno sa K. Jiričekom, Bogišić, izdaje (1904) kritički tekst Dubrovačkog Statuta, a potom se sprema na put u Indiju, da tamo prouči pravne običaje u oblasti porodičnog prava. Ali, 24.aprila 1908. g. preteče ga u tom pregnuću, smrt u Rijeci, na povratku u rodni Cavtat. Njegov rad donio mu je opšte priznanje u svijetu i slavu, ali ga je i toliko iscrpio da mu je "pozobao najbolje njegove snage".

I danas, izvlačeći pouke i poruke iz Bogišićevog učenja i metoda zakonotvornog rada, kao u doba recepcije rimskog prava, presađuje se pravo iz jedne sredine u drugu, često puta i bez obzira na to da li je novo tlo pogodno za presađenu biljku. Za uspjeh treba izvjesnih uslova (običaji, potrebe, uslovi, navike, tradicija), a ne samo dobre volje. Naravno, kodifikatori ne mogu mimoći preuzimanje naprednih postavki iz stranog prava jer bi to zaustavilo progres i ciljeve opšteg društvenog razvoja ka integraciji čovječanstva, ali se specifičnosti duha prava jednog naroda ne mogu potezom pera izbrisati.

Govoreći o značaju projekta Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru iz 1888. g., veliki pravni naučnik Dareste (Pariz 1889.) napisao je: "Ovo dijelo na čast učenom pravniku koji ga je izveeo, ali i vladaocu koji ga je nadahnuo".

Kritički opservirajući i analitički razlažući cjelokupne učinke velike kodifikacije – Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru, treba postaviti pitanje istoriografima i istoričarima države i prava zbog čega je cjelokupna Bogišićeva kodifikacija svedena na imovinsko pravo, čime je ona sužena od postavke i ciljeva projekta crnogorskog vladara koji je tu kodifikaciju inspirisao i nadahnuo, a čiji ciljevi kodifikacije su formulisani u pismu crnogorskoga Knjaza Nikole I ruskom konzulu A. Joninu u Dubrovniku 1872. g. Nama je Bogišić ostavio odgovore zbog čega je iz kodifikacije izvršena ekscepcija porodičnog i nasljednog prava za koje je on pripremio građu za posebnu kodifikaciju te oblasti običajnog prava, pa smatramo da je zadatak kodifikacije bio širih razmjera koji se tiču konsekvenci društvene regulacije na ustavno-pravne odnose, druge građanske odnose, trgovački promet, prirodu zakonodavno-pravnog sistema, zbog čega je i sam Bogišić vjerovatno nosio ideju da putem posebnih zakona kodificira

porodično i nasljedno pravo (Prema projektu Knjaza Nikole upućenom ruskom konzulu A. Joninu 1872., "Zemaljski Zakonik imao se sastaviti prema potrebama, okolnostima, osjećajima, tradiciji i običajima u ovoj knjaževini i kojim bi se Zakonikom opredjelili i utvrdili različiti odnošaji prema Vladaru, zemlji i porodicama..." – što će reći da je ovaj projekat imao ustavno, građansko, administrativno i trgovačko pravno značenje i strukturu – Corpus iuris).

Drugi aspekt kritičkog zapažanja na veliku zakonodavnu kodifikaciju – OIZ-a tiče se njegove materijalno-pravne primjene u praksi sudskoga i pravnoga života crnogorskih sudova, koji aspekt još nije dovoljno istražen, a pitanje je i da li je to moguće učiniti s obzirom na hipotetički stav da je arhivistička građa vjerovatno u dobroj mjeri uništena ili nije sačuvana, ali to pitanje treba istražiti (u svakom slučaju, mi smo u arhivskoj građi DACG pronašli pravno mišljenje Velikog suda na Cetinju u kome sudski kolegij najviše crnogorske sudske instance zauzima pravni stav: "Vlasnikom nepokretnih dobara koje su u Crnoj Gori može biti samo Crnogorac i ovo ostaje i u napredak i u svojoj potpunoj snazi i dejstvu" – zapisnik sa sjednice Velikog suda br. 505 od 21.03.1903. g. – fasc. 28-33, a o ovom zaključku su rješavali: predsjednik dr I. Bakotić i sudije dr Tomanović, dr L. Bakotić, dr Gojnić, M. Šaulić, i savjetujućim glasom načelnik Odjeljenja dr Knežević, a sekretar je bio Mihailo Ivanović, a u svojstvu pisara D. Š. Filipović). Tek će na osnovu potpunog istraživanja sačuvane arhivske građe biti moguće donijeti potpuno izvjesni i koherentni zaključak o uticaju i dejstvu primjene OIZ-a na pravni život u Crnoj Gori.

Ovđe ističemo neka od posebnog i neposrednog značaja za Crnu Goru Bogišićeva djela: Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru; Zakon o vanbračnoj deci; Prepiska cara Šćepana Malog sa Dubrovačkom republikom; Desetina sudskih zapisa iz Paštovića; Bogišićeve opaske o Danilovom Zakoniku; Ekonomski odnošaji u Crnoj Gori; Razredi i slojevi naroda u Crnoj Gori; Popis državnog uređenja Crne Gore; Sudski postupak u Crnoj Gori, Upitnik za Anketu o opisivanju pravnih običaja Crnogoraca; Crnogorsko krivično pravo; Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji, Metod i sistem kodifikacije crnogorskog imovinskog prava.

Velika djela, kao što je Bogišićevo, kojim je Crna Gora uvedena u red velikih kulturnih država čovječanstva i koje narod doživljava kao svoju nacionalnu čast naliče na velike i jarke svetionike koji u dubokoj tami ugroženim brodarima ukazuju put u mirnu luku.⁴²

Veliki ljudi i njihova djela najveća su dobra svakog društva. Oni su opomena svim egigonima kako treba raditi na ogromnom socijalnom poslu, jer nema velikana bez velikih socijalnih tvorevina. Zakonski spomenici kao tragovi istorije i kulture jednog naroda, rekonstruišu i daju sliku njegovu, kao što ogledalo daje sliku osobe koja se u njemu ogleda. Njegovo remek dijelo, prevedeno na sve moderne jezike nadživjelo je vrijeme. Prave veličine, kakav je bio neumrli Baldo, stoje iznad istorije. Njegova kodifikacija i nedovršeni rukopis iz građe za Istoriju jedne kodifikacije mora biti osnova novog, modernog crnogorskog projekta posebnih zakona iz oblasti građanskog prava, a njegova metodologija zakonodavnog rada fundament nomotehnike kao nauke o stvaranju opštih pravnih akata i zakona kao i sama tehnika uređenja zakonodavnog rada.

Bogišićevo djelo je ingeniozni poduhvat po jurističkoj dubini, socijalnoj širini i etičkoj visini čiji poduhvat ima univerzalni značaj za svjetsko kulturno i pravno nasljeđe, o čemu je dr Kosta Vojnović izrazio svoj stav kada je o Bogišićevom pregnuću saopštio da je "vještoj ruci i bistroj glavi kodifikatora pošlo za rukom navrnuti na narodno stablo kalem zapadne pravne obrazovanosti sa primjerom kojemu do sada nema para u svojoj vrsti..."⁴³

Veliki sin velikog i uzvišenog hrvatskog naroda, slavni Dubrovčanin Baltazar Bogišić, svoj ingeniozni duh i kredo svog filozofskog, sociološkog, jurističkog i istorijskog učenja izgradio je na idejama slobodnog duha hrvatskog naroda koji u svojoj slobodarskoj povjesti baštini velika istorijska, književna, naučna, umjetnička i slobodarska djela i pregnuća kojima je sebe uvrstio u beočug velikih kulturnih ostvarenja i sebe kao narod u red uzvišenih tvoritelja ljudske civilizacije, zbog čega je i sam Baltazar Bogišić u crnogorsko duhovno i kulturno pregnuće ugradio znanstveni duh kulture i civilizacije

⁴² Dr f. Čulinović, Stogodišnjica rođenja V. Bogišića, "Pravosuđe", 12/1934.

⁴³ v: akademik Hodimir Sirotković: Ocjena profesora Koste Vojnovića o značenju i znanstvenoj vrijednosti crnogorskog Opšteg imovinskog zakonika, Zbornik – stogodišnjica OIZ-a za Knjaževinu Crnu Goru, Podgorica 1989.

hrvatskog naroda što mora ostati velika zadužbina kojom crnogorski narod kliče zahvalnosti i slavi samom Bogišiću i civilizaciji hrvatskog narodnog duha.

Može se s pravom konstatovati da je sam Opšti imovinski Zakonik velika zakonotvorna atribucija uma Bogišićevog, ali s obzirom da je u njegove temelje ugradio ingenioznom Anketom same samonikle osnove jurističkog crnogorskog bića utkanih u njegovom narodnom-običajnom pravu, kao i s obzirom na ideju, nadahnuće, želju i ciljeve crnogorskog suverena da se priđe izradi jednog "Zemaljskog Zakonika", da su sudionici ovog velikog projekta naučnog i narodnog duha uz samog Bogišića, i crnogorski narod i suveren crnogorski Knjaz Nikola I.

Bogišićev kolosalni poduhvat na više kolosjeka jurističkog, sociološkog, etnološkog, historijskog i državotvornog bića crnogorskog naroda imao je za posljedicu formiranje najvišeg stupnja naučne obrade crnogorskog pravnog života, što je bio jedan od najvećih standarda u evropskoj prosvijećenosti i kulturi ondašnjeg doba, pa je sam postupak zakonodavnog rada i tehnike bio zasnovan na Bogišićevoj naučno utemeljenoj zakonodavnoj metodologiji. Ovome posebno treba dodati da je uticajem Bogišića u Crnoj Gori ostavili grandiozni trag svoga jurističkoga rada: dr Ignacije Bakotić, dr Lujo Bakotić, dr Lujo Vojnović, dr Knežević, koji su ostavili posebni trag u upravnim i sudskim reformama crnogorskog života – poznate Nikoljdanske reforme 1902., te kao povelitelji, suci i savjetnici najstarije i najslavnije crnogorske državno-pravne institucije Crnogorski knjaževski/kraljevski Veliki Sud.

Slobodan sam inicirati da se velikom juristi, filozofu, sociologu, historičaru, etnologu, i proslavljenom crnogorskom zakonoši Baltazaru Bogišiću, podigne neko memorijalno znamenje u vidu spomen biste i spomen ploče na objektu u kome je tokom života na Cetinju stanovao i radio.

Bogišićev poduhvat aksiološki je dokaz o prelasku egzistencije u transcendenciju, pa ono što je povjesno, preko čovjekove biti postaje sadašnjost, jer „egzistencija je izvorna samo ako je povjesna, a povjesna je samo ako je izvorna“ (K. Jaspers, Filozofija).

Apstract

This scientific article, as a monographic legal study, examines the axiological, gnoseological, legal and historical level of the legal project of the General Law for Montenegro from the aspect of the historical legal school and Montenegrin legal tradition about the place and role of the customary law and methods of its incorporation into the legal project as a sense of needs and the habits of the people by the bridge, which pass into the life of new institutions of the European and general human civilization as a system of convergence between peoples and cultures and the general human integration.

Саво Д. МАРКОВИЋ¹

МЈЕСТО И УЛОГА КОМУНСКОГ ПРАВА У ЦРНОГОРСКИОМ ОБИЧАЈНОМ ПРАВУ

Општи осврт

Није тешко одредити мјесто и улогу комунског права у систему црногорског обичајног права, код чињенице да је до окончања Другог свјетског рата, а негдје и после тога, егзистенција већине Црногораца и Брђана била незамислива без посједовања и коришћења планинских и допланинских пашњака и шума. Више је него очевидно, да су обичајна правила о планини, тј. о тзв. "режиму планине" најбитнији дио црногорског обичајног права. Ова тврдњдња није сама себи сврха него, него је чињенично ојачана повјесницом црногорских и брдских племена, која врви од бројних сукоба, који су неријетко прерастали у истинске мале ратове због планинских пашњака, шума и водопоја са сусједни племенима.

У доба кад је Црна Гора била тзв. конфедерација племена и док није било надплеменске власти, међуплеменски сукоби око планина, пашњака, шума и водопоја, представљали су тужну страну црногорске свакодневице. Сукоби су се понекад преливали преко племнских међа и вођени су са пограничним Турцима. Међутим, кад је завршен процес удржављивања племена и кад је успостављена и консолидована државна власт, она се мјерама државног интервенционизма све више уплиће у међуплеменске сукобе, присвајајући себи право да те сукобе решава мирним путем².

Због толике улоге планина у привредном животу Црногораца и Брђана, вјековима су дизајнирана обичајна

¹ autor je profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediteran“

² ББЦ, Исписи из протокола Брда – списи под ознаком XV, 2; ББЦ, Исписи из Протокола Начелства Морачког из 1873, фасц. XV, 5.

правила која су регулисала све важније односе везане за коришћење планинских пашњака. Ова правила су кроз дуготрајну примјену изнијансирала дјелотворна и прикладна решења, чија ће садржина одсликавати потребе већине житеља Црне Горе и Брда, пркосећи чињеници да су понекад "навртала јаз на воденицу" богатијих саплеменика. Ова правила су оплемењена и врло израженом социјалном цртом, јер воде бригу о социјалном положају сиромашних сељака, допуштајући им да узму на коришћење туђу стоку, ако немају своју или је имају недовољно, несметано је напасајући на комуници њиховог колективитета. Било како било, правила о режиму планине, избрушена кроз дуготрајну примјену, била су строга, прагматична и правична.

Стицање комунског права

Постојало је више врста комуна, с обзиром на критеријум који колективитет је титулар комунског права: сеоски, братственички, батаљонски, племенски и црквени комун. Драгоцјено је указати на податак да са становишта овлашћења титулара комунског права, ових пет врста комуна су истовјетни. Заједничка својина, тј. заједничарство је основни својински облик, под чији режим подпадају све комунице. Описујући овлашћења удионичара на комуницама, Љ. Ћирић-Богетић истиче: "Уживање колективне својине ограничено је вољом скупа заједничара, односно наредбама и правилима њиховог збора које се доносе на основу традицијом освештаних обичајних правила"³. А мало ниже: "Право 'куће' да користи комунско земљиште није стварно право, у правнотехничком смислу модерног грађанског права. Комунско право у целини није право промета, а свака 'кућа' појединачно ни у ком случају не може сама, добровољним споразумом пренети своје заједничко право у племенском комуну на другу кућу која то право не поседује...То је феномен *sui generis* чија је садржина поседовање земље које не добија карактер робе"⁴.

³. Љубинка Ћирић-Богетић, Комуницу у Црној Гори у XIX и почетком XX века, Титоград, 1966. г. 247.

⁴. Исто, 249.

Обичајноправне регуле о којим је ријеч, одражавају правно стање у 19. и 20. вијеку, али ауторка правилно закључује да је трансформација колективне земљишне својине на пашњацима и шумама у Црној Гори дуготрајан процес. Иако је режим планине са "издигом" и "здигом" и колективном земљишном својином формално остао нетакнут, иновације се огледају у усађивању нове суштине у архаичне форме удахњујући им нову улогу. Једна од тих промјена је устоличила право "јабанцима" да издижу на сеоске или братственичке комуне, користе пашњаке, и најзад, подижу колибе равноправно са локални сељанима.

Колективна земљишна својина на комуницама је владајући својински облик, који је одлучујуће утицао формирање обичајних правила о режиму планине. Колективна својина и с њом скопчано комунско право стицани су на различите начине. Још прије Турака, један од модалитета стицања колективне својине било је *отимање* феудалних посједа⁵ или црквених имања⁶. Пракса отимања комуна настављена је и у доба Турака, тако што они отимају наше некадашње планине и обрнуто⁷, и на тај начин отимачина поприма "међународни" карактер. Комунско право се стицало и *окупацијом*. Овим оргинарним начином обично се стицала својина на "пустом" земљишту. Поред казаног комунско право се стицало и *заузимањем* сусједских и непријатељских пашњака⁸. Комунско право се могло стећи и деривативним начином – *одржајем*, о чему свједочи прилично окоштала формула изговарана у парницима због комуница, да на планину "издижу од давнина" или "да је држе као своју старевину". Старо црногорско обичајно право није имало јасно правило колико времена треба да протекне да би се комунско право стекло *одржајем*. Свака савјесна државина, неоспоравана од трећих лица, конституисала је неокрњено право својине.

5. Исто, 21.

6. Јован Ердџановић, Стара Црна Гора, насеља, књ. 24, Београд, 1926. г. 402; Богдан Лалевић и Иван Протић, васојевићи у црногорској граници, Насеља, књ. II, Београд, 1903. г. 579.

7. Љ. Ђирић-Богетић, н. д. 21

8. Исто, 23.

Тражен је још само један услов да буде "од давнина"⁹. У Његошево доба рок за одржај је заустављен на "20 година непрекидно"¹⁰.

У дривативне начине прибављања комуница у Црној Гори улазе и *уговор о куповини колективног земљишта* и *уговор о даровању планина*. Први од ових уговора био је прави раритет, чак и почетком 19. вијека, да би се њихов број крајем истог стољећа битно умножио. Зна се за податак да су нека племена Старе Црне Горе, односно извјесна села, куповала од својих сусједа пашњаке, којим су оскудијевали. Тако су у доба владике Рада, Мирчани купили од Побора земљиште у Коложуну, купивши уз њега и пашњаке, гору и воду, као припадак главне ствари¹¹. Наспрам овог и сличних случајева стоји стоји чињеница да су комунице уобичајено биле ван правног промета.

Језиво специфичан начин прибављања комунског права било је *уступање пашњака умјесто крвине*. Овај начин стицања не можемо сврстати ни у оргинарне ни у деривативне начине, већ је ријеч о неком виду прибављања својине *sui generis*. Сликвит примјер оваквог начина стицања је познати случај када су Бјелопавлићи планину Штитово добили на име крвине од Пипера о чему свједочи сачувана писана сентенција¹². Богишић тврди да је овакав начин стицања комуница био сасвим риједак, али сачувани подаци свједоче да овоакво стицање и није било ријетко и да повјесница већине племена чува успомену на овакав начин прибављања комунског права. Тако, је Јован Ердељановић забиљежио да је пиперско село Црнци добило од Стијењана дио Подолице и Дубравице на Радовчу, на име крвине за дуговану крв¹³. Нешто слично Ердељановић биљежи и у Кучима, гдје су на име "крвине" за просуту крв једног свог саплеменика из братства Дрекаловића, племе

9. V. Bogišić, Zbornik pravnih običaja u južnih Slovena- Građa u odgovorima iz raznih krajeva slovenskog juga, knj. 6. Beograd-Podgorica, 1999. g. 410.

10. Isti, pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji, knj. 4. Beograd-Podgorica, 1999. g. 161.

11. Његош, Писма, III, бр. 7.

12. ББЦ, XVI, 25, 1873. г.

13. Јован Ердељановић, Постанак племена Пипера, Српски етнографски зборник, XVII, Београд, 1911. г. 275.

Братоножићи уступили село Стравче и околне пашњаке¹⁴. Није мање илустративан и примјер који чува предање доњоморачког села Осредци, које приповиједа да су сељани овог села, некад давно због неког бизарног разлога убили познатог горњоморачког војводу Пеја. Горњоморачани су енергично затражили од Осречана да им ови за војводину главу дају планину Градишта или ће Пејо бити освећен најугледнијим Осредчанином. Немајући куд Осречани су прихватили да на име крвнине за војводину главу уступе Градишта Горњоморачанима¹⁵.

Занимљив начин прибављања колективне земљишне својине на комуницама био је *додјела од стране Господара*. Ово је био чест начин стицања својине што потврђују бројна свједочанства, а овдје ћемо презентирати само нека најмаркантнија. Тако је владика Раде додијелио племену Његуши поље Ловћен заједно са планином мајсторицом, у замјену за његушки комун продан на владичино инсистирање 1839. Године Аустрији¹⁶. Знано је да се искричави књаз Данило јавно уплато у међубраственичке спорове и пресуђивао парничарима, што је изазвало оштро противљење сељана, зато што је једном приликом, једном угледном Кучу додијелио цијелу планину Мокру, не марећи за остале племенике. Овакво Господарево судовање изазвало је провалу гњева осталих Куча, па је нови власник био приморан да прода додијељену земљу¹⁷. Са књазом Николом ова пракса постаје интезивнија, па тако Бјелопавлићима 1887. г., додјељује дио Сињавине за племенски комун¹⁸. Књаз је "широке" руке са туђом имовином, па је племену Загарач додијелио дио планине Лукавице за племенски комун¹⁹.

Комунице су понекад услед економске принуде биле и и моћно средство политичког утицаја, које су нарочито

¹⁴. Исти, Кучи племе у Црној гори, Етнолошка студија, СКА, Српски етнографски зборник, Насеља српских земаља, књ. IV, Београд, 1907. г. 156.

¹⁵. Ананије Симоновић, Осредци село у Доњој Морачи, Подгорица, 1998. г. 300.

¹⁶. Ј. Ердељановић, Стара Црна Гора...405.

¹⁷. Ј. Ердељановић, Кучи...230.

¹⁸. Сентенција од 7. Августа 1887. године (ИЗ, година XXXVIII, Титоград, 1985/2, 113-115).

¹⁹. Саво Д. Марковић, Правни обичаји код Морачана и Ровчана, Подгорица 2016. г. 315.

користили Турци, тако што су у крајевима које су освојили, додјељивали "планине" појединим селима и племенима, ширећи тако свој утицај у тим колективитетима. Познато је да су Турци само изузетно продавали пленине, али су ипак у освит 18. Вијека продали Цеклињанима Друшиће и Рваше, а ове земљиште је одмах претворено у комун²⁰.

Правна природа комунског права

Комунско право је заједничарско право, чију суштину чине два основна права: 1). право коришћења кому и 2). право на дио при диоби или продаји комуна. Јасно је да ова права нијесу морала да постоје истовремен. Обично су сви сељани имали једнако право коришћења комунице (пашњака и шума), али при подјели земљишта или подјели новца од проданог комуна, долази до нарушавања традиционалне егалитарности удионичара, јер су једни добијали једнаке дјелове, други неједнаке, а трећи нијесу добијали ништа²¹. Новодосељеницима је право на подјелу или продају сеоског комуна било готово недостижно.

Комунско право досељеника. Досељенике је свом жестином погађала оштрица племнског протекционизма, тако да су и за најмање имање плаћали двоструку цијену, ако се оно налазило у племену са обилним заједничком пашњацима. Овом куповином они су постајали конкуренција племеницима, који су и без њих удионичари у племенском комуни. У циљу спречавања економског изнуривања досељеника, око 1883. г. установљено је начело да иноплеменик не смије платити већу цијену од реалне цијене имања. Резон овог правила лежи у чињеници што је одсељени племеник, обично није губи своје комунско право, ако би се поврати у своје племе²². Досељеник комунско право стиче етапно. Испрва племеник узме стоку досељеника "на мљекарину", касније га неко од сусједа прима "у супон".

²⁰. Андрија Јовићевић, Ријечка нахија у Црној Гори, СКА, Насеља, књ. VII, 1911. г. 487.

²¹. Љ. Пирић-Богетић, н. д. 113.

²². ББЦ, XIX, 6. О потоцим, комунима, мирењу дугова и сл. Фасц. Правни обичаји.

Васојевићи су на својим планинским пашњацима, усељеницима и придошлицама забрањивали удионичарско право. Једино су на основу одлуке племенског збора могли привремено издизати као супоници. Љеворечани су ускраћивали комунско право у Комовима, Бановићима и Голићима, упркос томе што су живјели с њима заједно преко сто година²³. Брђани су повремено дозвољавали досељенику поједина комунска права, тако што је могао да у подножју планинског пашњака узме грађу из комуна за изградњу свог млина или дрво за огрев. Касније је досељеник имао пуно комунско право.

Комунско право "приселице" или "поселице". Придошлице касније досељене, које је неко јаче братство узело у заштиту, и узевши при том његову славу и све јавне обавезе Црногорци су називали "приселицама" или "поселицама". Пркосећи чињеници што "они међу племеницима немају никад онај положај који има прави племеник"²⁴, нужда одбране комуна и окоштала правна несигурност захтијевале су да и њима да комунско право, па је тако племе бројно и војнички јачало. У циљу ефикасније одбране, Дробњаци су додјељивали удионичарско право у свом комуну "сваком брату Србину, само ако прими племенску славиу св. Ђорђа"²⁵. Овим путем су ишла и друга црногорска племена. Већ у 19. Вијеку укоријенио се правни обичај да "и приселице једног братства или једног села имају иста права на комун братства и тог села те и кад хоће да дијеле тај комун приселици се даје исто као и правом братственику"²⁶. У инат чињеници да је у народу очврсло правно становиште да "ко год бијо примиен у братство и у село он улази у сва права братственика"²⁷, положај придошлице био је

²³. Радосав В. Вешовић, Племе Васојевићи у вези са историјом Црне Горе и племенским животом сусједних брда, Сарајево, 1935. г. 70-72.

²⁴. V. Bogišić, Pravni običaji u Crnoj Gori...97. На истом мјесту (у одговору Н. Дучића се каже, да "поселица има у племенима готово свима. (Напр. "Машо је Врбица поселица Његуши").

²⁵. Сретен Вукосављевић, Историја сељачког друштва, књ. I, Организовање сељачке земљишне својине, Београд, 1953. г. 40.

²⁶. ББЦ, XVI, 25.

²⁷. Исто.

несигуран, па су дробњаџи моглџи да исплате придошлиџи имање и тако га елиминишу из свог колективитета²⁸

Комунско право домазета. Усељеник је могао бити интегрисан у заједницу као и у другим архаичним својинским колективитетима²⁹, ако се настани у кући своје жене и тако "заради" име "домазет"³⁰. Непосредна учинак овог матрилокалног брака је најмање двосрук – економски и одбрамбени, јер домазет као активна радна снага јача економску, а самим тим и одбрамбену снагу братства. Богишићева анкета нам сугерише релативно подношљив положај домазета код стицања комунског права, јер "ако још комун није подијељенкад дође до диобе прџа дијо као и сваки други"³¹. На истом мјесту се додаје: "Домазет у селу има оно исто удиоништво у комуну које му је имао и таст"³². Комунско право домазета није имало једнообразну правну суштину у различитим племенима. У Кучима је домазет имао неокрње4но комунско право³³, док је у Дробњаку удионичко право домазета било прилично неумољиво, јер је домазет морао да би то стекао да "прџи презиме и славу своје жене"³⁴. Ни у Бањанима домазет није имао комунско право, а ако би га и стекао онда је то био усамљен случај³⁵. Испочетка је и у Горњој Морачи домазет

²⁸. Светозар Томић, Дробњаџ, Српски етнографски зборник, IV, Београд, 1902. г. 404.

²⁹. У Пенџабу је чланом заједнице могао постати и странаџ уколико му неки власник уступи дио имања и учини га зетом. Видјети: Е. Лавлеј, Својина и њени првобитни облиџи, VIII (превод с франџуског – Јован јованивић), Београд, 1899. г. 269.

³⁰. Црногорџи су држали да је бешчасно живјети у женино кући и понијети име "домазет". Ово зато, што су пресељењем у жџнину породицу домазети узимали жџнину славу и презиме, а своје напуштали. Ипак, тешка немаштина је тјерала људе и на ову жртву (Ананије Илић, Систем права о кућној заједници у Црној Гори, Београд, 1936. г. 106).

³¹. ББџ, XVI, 25.

³². Исто.

³³. Стеван Дучић, Живот и обичаји племена Куча, Српски етнографско зборник, књ. XLVIII, Београд, 1931. г. 132.

³⁴. Мирко Барјактаровић, Оземљџшним међама у Срба, Издање САНУ, Београд, 1952. г. 26.

³⁵. Зна се да Тупањани из Бањана не дају домазету удионичко право у сеоској комуници, јер је код њих продаја комуна била забрањена, чак и кад је неко продао цијелу кућу и имање. За изузетак од правила истичу неког Јаничића из Петровића, који је сва сеоска, племенска, па и комунска права (Светозар Томић, Бањани, Српски етнографски зборник, књ. LIX, Београд, 1949. г. 699).

тешко стицао комунско право, али је касније ово право лакше стицао, па у том смјеру наглашавамо да је Велики суд 1884. г., при диоби комунице у Горњој Морачи, домазета третирао као заједничара³⁶.

Комунско право жене. Имајући у виду традиционално неповољан положај жене у црногорском друштву и патрилокалним друштвима уопште, задивљује податак да женама члановима породице у Црној Гори ово право није било ускраћено. Удовица и ћерка умрлог удионичара имају комунско право све до удаје или смрти (кћери) или до прудаје или смрти (удовице). У Црмници су у братственичком комуну, удионичко право имале и дјевојке дотичног братства³⁷. У духу овјешталог права, Правитељствујушчи сенат 1871. г., наређује његушком капетану Лазу Петровићу: "Слободна је жена покојног Ђура Васова од комунице да ужива са дјевојком као да је син Ђура Васова, док се не уда"³⁸. Комунско право се признавало и било је санкционисано, не само кад је реч о ћерки умрлог заједничара, него је то право имала и његова удовица, ако би након мужевљеве смрти напустила кућну заједницу. Ово правило подупире и наредба Сената чевском капетану да извјесној Ћетни Петровој, која се одијелила од синова, додијели, уз обрадиву земљу на уживање и дио горе и воде³⁹. Уколико би пак, удовица која са дјецом живи на имању родила ванбрачно дијета, што се у црногорском патријархалном друштву прилично ријетко догађало, обичајно право је за овакву ситуацију предвидјело задивљујуће хумано правило, незаконито дијете има сва права као и друга дјеца.⁴⁰

³⁶. ДАЦ, ВС, 1884, Ф. I (1-500), бр. 310.

³⁷. Јован Вукомановић, Вјерски и друштвени обичаји у Црмници, Записи, окт. 1953. г. 226.

³⁸. ДАЦ, Наредба Правитељствујушчег сената, 1871. Ф. I, бр. 531.

³⁹. ДАЦ, Наредба Правитељствујушчег сената, 4/3, 1875. г. бр. 96.

⁴⁰. V. Bogišić, Pravni običaji u Crnoj Gori...74.

Dr Rajka ĐOKOVIĆ¹

**„O NEZVANU VRŠENJU TUĐIH POSLOVA (947)“
OPŠTEG IMOVINSKOG ZAKONIKA**

„Zakon crnogorski nije bez važnosti za nauku, pa Bog!² Ovim riječima se obratio Valtazar Bogišić Kostić Vojnoviću u pismu gdje je razlagao način izrade Imovinskog zakonika. Činjenica je da nije pogriješio jer je Opšti imovinski zakonik imao veliki naučni značaj, ne samo za pravnu istoriju, već i za nauku građanskog prava. Čak više, on je i danas prisutan i to ne samo kao predmet naučne obrade već kao i inspiracija za one koji učestvuju u izgradnji crnogorskog pravnog poretka. O tome jasno govore riječi profesora Zorana Rašovića: „I danas osjećamo njegovu stvarnost...Čitajući OIZ, živeći sa njim, tumačeći ga, ne možete da ne osjetite prošlost i sadašnjost Crne Gore, njen složeni život...“.³

Imajući sve to u vidu, korisno je analizirati pojedine ustanove Opšteg imovinskog zakonika. Predmet ovog rada će biti nezvano vršenje tuđih poslova.

Izvori obligacija po opštem imovinskom zakoniku

Osnovni izvor obligacija po Imovinskom zakoniku je bio ugovor. Ostale izvore obligacija Zakonik je razmatrao u okviru četvrtog dijela koji je naslovljen kao dio „O ugovorima u opšte, kao i o drugim poslovima, djelima, prilikama od kojih dugovi porječu.“

¹ Saradnik u nastavi sa doktoratom, Pravni fakultet Univerzitet Mediteran.

² V. Bogišić: Kostić Vojnoviću, pismo iz Petrograda od 24 juna 1888. BBC, Korespondenca K-XI,a, cit. Prema: N. Martinović, Valtazar Bogišić I, Istorija kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori, Cetinje 1958, 193.

³ Z. Rašović, „Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru – moderna kodifikacija,“ Međunarodni znanstveni skup Bogišić i kultura sjećanja 1834-1908-2008, Zagreb 2011, 183.

Dakle, ovaj dio je bio posvećen opštim pitanjima ugovornog prava i dugovima koji nijesu nastajali iz saglasnosti volja već iz drugih građanskopravnih činjenica.

Četvrti dio se sastoji iz ukupno osam razdjela. U prvom razdjelu se govori o nastanku ugovora (čl. 494-523), u drugom se reguliše vršenje ugovora (čl. 524-539), treći prikazuje posledice neizvršenja ili neurednog izvršenja ugovora (čl. 540-549), četvrti prikazuje sporedne odredbe ugovora (čl. 550-569), peti govori o „dugovima koji dolaze od nedopuštenih djela“ (čl. 570-585), šesti o „dugovima koji potječu od različitih skupova činjenica za koje je bio vezan nastanak obaveze. Na prvom mjestu to je bilo javno obećanje, tj. obećanje dato putem oglasa (član 586). Zatim, Zakonik je jasno regulisao nezvano vršenje tuđih poslova (član 587-594) i neopravdano korišćenje tuđim (član 595-602). Zakonik je uveo generalnu kondikciju i razradio je pojedine kondikcije. Ova dva specifična instituta doprinijela su cjelovitijoj zaštiti imovinskih prava.

Polazeći od prethodno navedenog, moglo bi se reći da se sistem izvora obligacija u Imovinskom zakoniku zasnivao na trodeobi – ugovor, delikt i ostali poslovi, što neodoljivo podsjeća na trodeobu izvora rimskog pravnika Gaja.⁴ Sem toga, osnovna prednost ove podjele u odnosu na sistem četvorodiobe (ugovori, kvaziugovori, delikti, kvazidelikti) predstavlja njena otvorenost.⁵

⁴ Osnovna podjela izvora obligacija rimskog prava (*summa divisio*), na obligacije koje nastaju iz saglasnosti volja i obligacije koje nastaju iz delikata, potiče od pravnika Gaja. Ovu dvodeobu izvora obligacija iz svojeg udžbenika prava Gaj je dopunio u svojem drugom djelu poznatom po imenu *Res cottidianae* ili *Aureae*. Po toj podjeli obligacije su mogle nastati iz ugovora, delikta ili iz ostalih razloga (*ex variis causarum figuris*). Bogišić je, po Zapisnicima sa drugog čitanja Zakonika, šesti razdio četvrtog dijela naslovio: „o dugovima koji potiču iz različitih uzroka,“ što jasno implicira na uticaj Gajeve trodeobe izvora obligacija, v. Zapisnici, XXV sjednica, 12. avgust 1885.g., Cetinje, 180.

⁵ M. Milošević, *Rimsko pravo*, Beograd 2011, 338: „Ova trodeoba (*tripartitio*) je u izvesnom smislu, do danas ostala neprevaziđena. Ona jasno izdvaja dva izvora koja su prisutna i u savremenim pravnim sistemima. Pored toga, treći izvor (*variae causarum figurae*) pokazuje da spisak nije konačan i da se može promeniti ili dopuniti u skladu s potrebama pravnog života. Većina modernih kodifikacija izvore obligacija izlaže na sličan način.

1. Pojam nezvanog vršenja tuđih poslova

Pojam nezvanog vršenja tuđih poslova je dat u članu 947 Imovinskog zakonika: „Nezvano vršenje tuđih poslova biva kad se ko umiješa u čiji posao, da ga izvrši u da ga izvrši u mjesto i na račun onoga čiji je, a niti ga je ovaj za to molio, niti je onaj dužan bio da to učini.“

Na jedan opšti način moglo bi se reći da je ustanova nezvanog vršenja tuđih poslova jedna od ustanova koja bi trebala da postoji u jednom izgrađenom pravnom sistemu jer je njen krajnji cilj da povрати ravnotežu u imovini vršioca posla koja je bila umanjena zbog akata usled kojih je uvećao tuđu imovinu ili je spriječio njeno umanjeње. Ipak, ovakvo stanovište iako na prvi pogled jasno i pravično nije nigdje prihvaćeno kao opšte pravilo jer je svaki pravni poredak zainteresovan da zaštiti pravnu sveru pojedinca kako od protivpravnog nanošenja štete, tako i od neovlašćenog miješanja u njegove poslove. Zbog toga se ustanova nezvanog vršenja tuđih poslova posmatra kao izuzetak od pravila da niko ne treba da se miješa u tuđe poslove. Ona je predviđena kao jedna brana preko koje se ne može preći radi obavljanja tuđih poslova bez obzira na dobre namjere vršioca posla. Na ovaj način se posmatra nezvano vršenje tuđih poslova u najstarijim građanskim zakonicima koji su bili individualistički orjentisani.⁶ Ovaj pogled se odražava u Imovinskom zakoniku: „Opšte je pravilo: nek se niko nepozvan u tuđe poslove ne miješa...“⁷

Kada se obrađuje materija nezvanog vršenja tuđih poslova obično se govori o njegovim vrstama u zavisnosti od toga da li je vršilac tuđeg posla otklonio štetu od imovine gospodara ili je uvećao njegovu imovinu pribavljanjem određene koristi. U prvom slučaju se govori o nužnom nezvanom vršenju tuđih poslova dok se u drugom govori o korisnom nezvanom vršenju tuđih poslova. Sem toga, u toj

⁶ Austrijski građanski zakonik, § 1035: „Ko nije ni izrečnim ni prećutnim ugovorom, ni sudom niti pak zakonom ovlašćen, ne sme se po pravilu u posao drugoga mešati. Ako je to učinio, onda je za sve posledice odgovoran.“ R. Zimmermann naglašava i negativan stav anglo-saksonskog prava prema nezvanom vršenju tuđih poslova, taj stav se opravdava individualizmom i rezervisanim mentalitetom Engleza, R. Zimmermann, 435.

⁷ Opšti imovinski zakonik, čl. 587.

podjeli na vrste posloводства ne zaboravlja se i nedopušteno (nedozvoljeno) vršenje posla.⁸ Ove podjele su nastale na osnovu podjele izvršene u Austrijskom građanskom zakoniku i takva tradicija se i danas zadržala. Ona je pogodna sa aspekta određivanja posledica nezvanog vršenja tuđih poslova ali nema prostora da se ona sprovede u Imovinskom zakoniku jer on reguliše ovu ustanovu na jedinstven način. Naime, kao što će se kasnije vidjeti, isti je bio položaj onoga ko je preuzeo tuđi posao da bi spriječio štetu kao i onoga ko je to uradio zbog koristi gospodara posla.

Prilikom određivanja pravne prirode nezvanog vršenja tuđih poslova naglašava se da je nekada bilo dominantno, ali da je danas prevaziđeno stanovište po kojem se ta ustanova izjednačava sa ugovorom o povjeri.⁹ Ne ulazeći u očigledne razlike između ove dvije ustanove ne treba zaboraviti da je socijalna pozadina pogodovala da dođe do ovakvog shvatanja i da se ono reflektuje na zakonska rješenja. Kako je po Gaju domen primjene pravila nezvanog vršenja tuđih poslova bio prvenstveno vezan za zaštitu interesa odsutnih lica,¹⁰ tako je bilo i po shvatanjima Bogišićevih izvjestilaca.¹¹ Promjene u domenu primjene uticale su da se promjeni i shvatanje o pravnoj prirodi ove ustanove koja se sve više posmatra kao realan akt,¹² svakako akt koji je preuzet u tuđu korist.

Ipak, kada je neko neovlašćeno izvršio za tuđi račun tuđi posao, on nije samim tim postao nezvani vršilac tuđeg posla

⁸ Austrijski građanski zakonik, § 1035(Delovodstvo bez naloga); §1036 (U slučaju nužde); § 1037 (Ili na korist drugoga); § 1040 (Protiv volje drugoga); Lj. Milošević, Obligaciono pravo, Beograd 1972, 218-219; J. Radišić, Obligaciono pravo, Beograd 2014, 304-309; O. Antić, Obligaciono pravo, Beograd 2010, 545-546; P. Klarić, M. Vediš, Građansko prvo, Zagreb 2014, 654-655.

⁹ Lj. Milošević, 220; J. Radišić, 2008, 310

¹⁰ D. 44.7.5.pr (GAIUS libro tertio aureorum): To je prihvaćeno i zato što ljudi često odu na put u namjeri da se odmah vrate pa zato nikome i ne nalože da vodi brigu o njihovim poslovima, ali kasnije, zbog nastupanja novih okolnosti, moraju nekada iz nužde duže vremena odsustvovati: zato bi bilo nepravilno dozvoliti da ti poslovi ostanu nedovršeni, propadnu, a oni bi sigurno propali ako se onome ko je prihvatio da te poslove obavlja ne bi dozvolila pravna mogućnost da sudski potražuje ono što je u korist drugoga iz svoje imovine potrošio, ili onome čiji su poslovi obavljani da ne može voditi spor protiv onoga ko je te poslove preuzeo.

¹¹ V. Bogišić, Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji, Podgorica 2004, 212.

¹² J. Radišić, 2008, 310; R. Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, New York, 1996, 444, gdje se govori o „self-sacrifice of a motor driver.“

(negotiorum gestor), kao što ni lice čiji je posao bio u pitanju nije postao gospodar posla (dominus negotii). Bilo je potrebno da se ispune određene pretpostavke kako bi povodom preuzimanja tuđeg posla nastao poseban obligacioni odnos.

2. Uslovi za nastanak duga iz nezvanog vršenja tuđih poslova

Vršilac koji je zakoračio u tuđu pravnu sveru bio je obavezan da preuzeti posao sprovede do kraja. Taj posao je mogao biti kako faktički tako i pravni. Sem toga, posao je morao biti tuđi. Pri procjeni pripadnosti posla poštovao se objektivni kriterijum shodno kojem je posao bio tuđi ako se obavljao povodom tuđe stvari ili su se posledice toga posla odražavale na tuđoj imovini. Pored ovog postojao je subjektivni kriterijum po kojem se polazilo od volje vršioca posla da za drugog djela. Čini se da je u Imovinskom zakoniku predviđen objektivni kriterijum jer se ne može jasno utvrditi da je prvenstveno uzimana u obzir volja vršioca posla.

Kao bitan element za nastanak obligacionog odnosa nezvanog vršenja tuđeg posla navodi se i da je posao morao biti preuzet u interesu gospodara, tačnije da je gospodaru donosio „stvarnu“ korist.¹³ Pri tome se naglašava razlika u položaju vršioca posla koji je radio na otklanjanju štete od drugoga, od onoga koji nije otklonio štetu nego je ostvario neku korist za gospodara posla. Dakle, imale bi dvije vrste koristi - ona koja se sastoji u sprečavanju umanjenja imovine (što je po definiciji šteta), kao i ona koja se sastoji u neposrednom uvećanju imovine. Inače pitanje koristi postignute za gospodara je široko raspravljano pitanje jer je bilo prostora za takvu raspravu zbog toga što su odnosna pravna pravila bila nepotpuna. Imovinski zakonik je predvidio ista prava prema gospodaru posla i za onoga koji je otklonio štetu i za onoga ko je direktno uvećao njegovu imovinu. Tačnije, rezultat posla nije imao uticaja na položaj nezvanog vršioca tuđeg posla jer je u svakom slučaju, i kada nije uspio da otkloni štetu, kao i kada

¹³ Formulacija o preuzimanju posla u interesu gospodara nalazi se u Njemačkom građanskom zakoniku (§ 677), kao i Švajcarskom zakoniku o obligacijama (члан 419).

nije pribavio očekivanu korist, imao isti obim prava prema gospodararu posla.¹⁴ Naravno, pod uslovom da je postupao savjesno i pošteno. Shodno tome čini se da je u Imovinskom zakoniku našlo mjesta rimsko pravilo da se ne uzima u obzir rezultat nego da se vodi računa o tome da je posao „korisno započeo.“¹⁵

Kao negativno postavljeni uslovi, ali ne za nastanak nezvanog vršenja tuđeg posla nego za potpunu realizaciju prava vršioca tuđeg posla prema gospodararu posla, mogu se posmatrati uslovi predviđeni u članu 591 Imovinskog zakonika. U njemu stoji: „Ako su poslovi, u koje se nezvani vršilac umiješao, taki da su lako mogli čekati dok gospodar sam o njima odluči, ili kad ih se taj nezvani zauzeo to nije bilo da time koristi gospodararu posla, ili je radio čak protiv volje gospodareve, tada mu ovaj nije dužan naknaditi ni troškove, ni osloboditi ga duga, nego samo u koliko je, trudom i troškom njegovijem, došao do kakve koristi, koje inače ne bi imao.“

Dakle, da bi mogao da ostvari svoj zahtjev u cjelosti, vršilac tuđeg posla nije trebao da se aktivira kada to nije bilo hitno jer se posao mogao odložiti, kada u pitanju nije bio interes gospodara posla nego trećeg lica ili samog vršioca posla, kao i kada se gospodar posla protivio njegovom preuzimanju. Ipak, vršilac tuđeg posla je imao pravo na nadoknadu troškova u visini koristi koju je gospodar posla ostvario njegovim miješanjem. Finalno, dvije pretpostavke su se po prirodi stvari podrazumijevale i ne izazivaju bilo kakve nedoumice. Naime, vršilac tuđeg posla nije bio obavezan da preuzme taj posao, a sem toga morao je imati namjeru da traži nadoknadu jer bez te namjere ne bi moglo biti riječi o nezvanom vršenju tuđih poslova.

¹⁴ Opšti imovinski zakonik, čl. 590: “Kad se ko zauzeo za tuđ posao koji je u pogibelji, ili je to inače učinio radi koristi gospodareve, tad mu je ovaj dužan namiriti sve potrebne i korisne troškove, i osloboditi ga duga koji je radi toga posla na se uzeo, baš da mu, bez njegove krivice, i nije pošao za rukom onako kao što se mislilo.“

¹⁵ D. 3.5.9.1 (ULPIANUS libro decimo ad edictum). Na isti način ovo pitanje rješava i Švajcarski zakonik o obligacijama, član 422.

3. Prava i obaveze stranaka

3.1. Obaveze vršioca tuđeg posla

Vršilac tuđeg posla morao je preuzeti posao da okonča na isti način, tačnije „od prilike“ kao što bi to uradio gospodar posla. Pri tome je bio dužan da postupa savjesno i pošteno. O toj obavezi bilo je riječi u članu 587 nakon što je navedeno da niko ne treba bez ovlašćenja da se miješa u tuđe poslove.¹⁶

Odgovornost vršioca posla se različito procjenjivala u zavisnosti od okolnosti u kojima je preuzeo tuđi posao. To je segment u kojem se razlikovao položaj vršioca posla koji je radio na otklanjanju štete, onoga koji se bavio pribavljanjem koristi u drugom vidu i naposljetku onoga koji je djelao protiv volje gospodara posla. Naime, položaj prvog je definisao stav 1 člana 588 i to na taj način što je odgovornost ovog vršioca posla limitirao na odgovornost za zlu namjeru i grubu nepažnju. Tako su postupili i Njemački građanski zakonik i Švajcarski zakonik o obligacijama, što se sve može dovesti u vezu sa shvatanjem rimskih pravnikâ po kojem se odgovornost gestora koji je odvratio nastupanje štete svodila na odgovornost za umišljaj i grubu nepažnju.¹⁷ Kao što su to već i primijetili ovi pravnici, očigledno je da je iza ovakvog standarda odgovornosti stajala pravičnost.

S druge strane, kad nije postojala opasnost od štete - „kad pogibelji nije bilo,“ vršilac tuđeg posla odgovarao je i za nehat (omanji nemar). To je odgovornost koja se očekivala i od zastupnika pa pošto je vršilac posla obavljao tuđi posao trebao je da pokaže istu pažnju kao i zastupnik.

Finalno, odgovornost vršioca posla koji je preuzeo posao mimo zabrane gospodara bila je najstrožija, naime, on je odgovarao i za štetu koja je nastala usled slučaja. Ovu situaciju reguliše član 589, pri tome se u njemu naglašava kada se vršilac posla umiješao „protiv volje toga gospodara.“

¹⁶ Opšti imovinski zakonik, čl. 587: „Opšte je pravilo: nek se niko nepozvan u tuđe poslove miješa, ali ko to učini, treba da savjesno posao i svrši, i to od prilike onako kao što bi ga svršio sam gospodar, inače će odgovarati za štetu koja bi otuda potekla.“

¹⁷ D. 3,5,5,9. Ponekad se u tužbi za nezvano vršenje tuđih poslova, Labeo piše, prevara samo na ovaj način tumači: ako si već moje poslove započeo da vodiš da se ne bi rasparčala moja dobra, najpravičnije je da odgovaraš samo ako si nešto zlonamjerno učinio; ovo mišljenje je pravedno.

Povodom toga stoji: „On radi protiv te volje, ne samo kad je ona bila izrečno kazana nego i kad je iz prilika mogao razabrati da tako kako radi ne može biti gospodareva volja.“ Protiv volje gospodara moglo je biti svako djelanje koje je odstupalo od njegovog uobičajnog ponašanja. Čini se da je jednu od mogućih situacija opisao rimski pravnik Prokul. Naime, poslovođa je odgovarao za slučaj onda kada je za odsutnog gospodara obavio posao kojim se on nije redovno bavio.¹⁸

Ipak, vršilac tuđeg posla je mogao izbjeći odgovornost za pričinjenu štetu ako je mogao da dokaže da bi šteta slučajno nastupila i da se on nije umiješao u tuđe poslove. Ovakva mogućnost bila je povoljna za vršioca tuđeg posla, a predviđa je i Švajcarski zakonik o obligacijama.¹⁹

Vršilac posla je imao obavezu da gospodaru preda sve što je stekao obavljajući posao za njega. Takva obaveza je proizazila iz činjenice da je vršio tuđi posao i da je kao i punomoćnik bio dužan da pribavljenu korist preda gospodaru, a prije toga je svakako trebao da položi račun o svom djelanju. Ovo je po svoj prilici bio segment koji je u praksi prije donošenja Opšteg imovinskog zakonika bio povod za nastanak sporova. Naime, naglašava se kako je nakon obavljenog posla poslovođa često preuveličavao iznos troškova koje je imao.²⁰ To pretpostavlja da se nakon obavljenog posla nije pristupalo polaganju računa već da je poslovođa neposredno, na riječ, tražio nadoknadu troškova. Takva situacija je bila zamisliva kada je odnos nezvanog miješanja u tuđe poslove bio zasnovan među prijateljima jer je polaganje računa imalo neki vid nepovjerenja koji nije trebalo da postoji između prijatelja. Ipak, kada je ovaj obligacioni odnos bio uspostavljen između šireg kruga ljudi, čak više, kada gospodar posla nije bio poznat u momentu preuzimanja posla, polaganje računa je bilo neminovno i unosilo je izvjesnost u pogledu troškova.

¹⁸ D. 3.5.10. (POMPONIUS libro vicensimo primo ad Quintum Mucium): Prokul, međutim, smatra da se ponekad odgovara i za slučaj-casus, na primer, kada novi posao koji odsutni obično ne radi počneš umesto njega obavljati, recimo kupujući mladunčad za prodaju ili započinjući neki trgovački posao.

¹⁹ Švajcarski zakonik o obligacijama, čl. 420, st. 2: „Ako je on preuzeo delovodstvo protiv volje gospodara posla koju je on izričito ili na neki drugi vidljiv način, a ako ovo protivljenje nije suprotno ni zakonu ni moralu, delovođa odgovara i za slučaj, izuzev ako dokaže da bi slučaj nastupio i da njegovog mešanja nije bilo.“

²⁰ V. Bogišić, 212.

3.2. Obaveze gospodara posla

Među obavezama gospodara posla prvo se ističe njegova obaveza da preuzme na sebe sve obaveze koje su teretile vršioca tuđeg posla. Sem toga, on je bio dužan da vršiocu posla nadoknadi troškove koji su bili nužni i korisni za obavljanje posla. Ove dvije obaveze normirane su, odista suprotnim redom, u članu 590 Imovinskog zakonika: „Kad se ko zauzeo za tuđ posao koji je u pogibelji, ili je to inače učinio radi koristi gospodareve, tad mu je ovaj dužan namiriti sve potrebne i korisne troškove, i osloboditi ga duga koji je radi toga posla na se uzeo, baš da mu, bez njegove krivice, i nije pošao za rukom onako kao što se mislilo.“

Kao što je već napomenuto, postignuta korist nije bila uslov za nastanak prava na nadoknadu troškova kada su bile ispunjene pretpostavke za nastanak ovog obligacionog odnosa. Obim nadoknade je bio identičan i kod tzv. nužnog i korisnog posloводства bez naloga i svodio se na nužne i korisne troškove. U pogledu drugih troškova vršilac posla je imao *ius tollendi* čije je vršenje moglo biti spriječeno kada je gospodar posla bio spreman da nadoknadi vrijednost onoga što je poslovođa mogao za sebe da odvoji.²¹

Posebno je pitanje da li je gospodar posla dugovao nagradu vršiocu posla. S obzirom da to pitanje nije bilo regulisano u podrazdjelu o nezvanom vršenju tuđih poslova, trebalo se rukovoditi odnosnim pravilima koja su važila za ugovor o povjeri, što je preporučivao član 594 Opšteg imovinskog zakonika.²² Shodno članu 405, nagrada se punomoćniku plaćala samo kad je tako bilo ugovoreno ili kad se ona podrazumijevala jer se punomoćnik bavio poslom za koji se plaćala nagrada. To znači da je pretpostavka bila da je je vršilac tuđeg posla besplatno djelao ako nije bio u pitanju posao kojim se on redovno bavio radi sticanja nagrade.

²¹ Opšti imovinski zakonik, čl. 592.

²² Opšti imovinski zakonik, čl. 594, st.2: „I bez toga odobrenja, prava će se i dužnosti gospodareve i nezvanog vršioca posla suditi prema pravilima povjere, u koliko nije inače određeno u ovome podrazdjelu, ili nije protivno prirodi samoga posla.“

Danas je nagrada poslovođi zakonom predviđena u svim slučajevima kada je preuzeti posao dao pozitivne rezultate.²³ Takvo rješenje se smatra potrebnim iz dva razloga. „Najpre, njime se omogućuje primena načela da svakome treba dati prema zasluži, tj. da svako ima pravo na nagradu za uloženi rad. S druge strane, ovo rešenje, sa gledišta pravne politike, stimulira poslovođu da, kad se već umešao u tuđe poslove bez ovlašćenja, nastoji da i ostvari rezultate radi čijeg je realizovanja i započeo sa vršenjem tuđeg posla.“²⁴ Iako se na odnos nezvanog vršenja tuđeg posla i ugovora o punomoćstvu ne gleda na isti način kao u starim pravima, ipak treba naglasiti da se danas nagrada punomoćniku podrazumijeva, ako nije drugačije ugovoreno.

Rezime

U raspoloživoj arhivskoj građi nije evidentiran spor povodom nezvanog vršenja tuđih poslova. Shodno tome, ne može izvući zaključak praktičnoj vrijednosni odnosnih normi Zakonika ali se iz izloženog može primijetiti značajan uticaj rimskih pravila na formiranje ustanove nezvanog vršenja tuđih poslova u Imovinskom zakoniku. Opravdanje se može naći u činjenici da se pravilima nezvanog vršenja tuđih poslova nije obavljao promet već se pružala zaštita postojećim prava koja se u biti nije izmijenila.

²³ Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list, Beograd 1978, čl. 223, st.. 2: „Njemu pripada i primerena naknada za trud, ako je otklonio štetu od lica čiji je posao ili ako mu je pribavio korist koja odgovara u svemu njegovim namerama i potrebama.“ Identično i Zakon obligacionim odnosima Crne Gore, Službeni list Crne Gore, Podgorica, 47/08, čl. 230.

²⁴ S. Perović (gl. ur.), Komentar zakona o obligacionom odnosima, Knj. 1, Savremena administracija, 1995, 525.

Summary

In this paper, the author analyzes rules about *negotiorum gestio* in General Property Code for Principality of Montenegro. The author compares these rules to rules of roman law and laws of modern civil codes. Finally, the author shows that rules about *negotiorum gestio* in GPC are based on rule of roman law.

Key words: General Property Code, *negotiorum gestio*, *negotiorum gestor*, *dominus negotii*.



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

HRONIKA UDRUŽENJA

Dr Radomir PRELEVIĆ

**BESJEDA POVODOM 85 – GODINA
UDRUŽENJA PRAVNIKA CRNE GORE**

Podgorica 27.03.2018.

U klasičnoj nomenklaturi nauka, uz teologiju i medicinu, pravo je predstavljalo treću “profesiju nad profesijama”, zbog čega su pravo i pravnici, uvijek uživali visok društveni status i prestiž. To potiče od ontološke povezanosti prava i države, s obzirom da država ne može da egzistira bez prava, jer ona, na cijelom spektru svoje nadležnosti, djeluje isključivo putem pravnih normi i direktno zavisi od njihovog izvršenja. Otuda i maksima *Iustitia fundamentum regnorum est*, tj. pravda drži zemlje i gradove. S druge strane, pravo je proizvod države i njene vlasti, pa su, stoga, pravnici oni koji se staraju da se državne funkcije uredno vrše i odvijaju.

Pravnici su, dakle, oni koji pripremaju pravne akte u procesu stvaranja prava od strane zakonodavca, zatim, oni dosljedno tumače i primjenjuju važeće pravo u domenu pravosudne djelatnosti, državne uprave i drugim djelatnostima i najзад, pravnici su oni koji proučavaju pravo, upoređuju ga sa pravom drugih država, uočavaju nedostatke i kvalitete postojećeg sistema i ukazuju na puteve razvoja prava.

Ukratko, tri su tradicionalna polja naše djelatnosti: stvaranje prava, primjena prava i pravna nauka.

Razvoj prava kod nas

U Crnoj Gori mogu se razlikovati četiri specifična perioda razvoja prava, odnosno pravničke profesije.

Prvi period traje vjekovima, od samih začetaka crnogorske države, pa do druge polovine XIX vijeka. Za taj period, karakteristično je isključivo važenje pravila običajnog prava. Dominaciju običajnog prava u Crnoj Gori u tom periodu plastično opisuje dr Valtazar Bogišić, koji 1873. godine bilježi da u Crnoj Gori nije zatekao pisanoga zakona na pravnoj

snazi, osim dva člana Danilovoga zakonika iz 1855. godine, jer je, kaže, običajno pravo već bilo zamijenilo sve ostale propise Danilovoga zakonika. Zapisuje i to da u Crnoj Gori nema školovanih pravnika, pravničke škole, niti pravnog časopisa. Pa, i pored toga, on ističe da Crnogorci imaju vrlo razvijen sistem običajnog prava, koje je, istina, u cjelosti nezapisano, ali čija pravila svi, a naročito sudije nepogrešivo pamte i prenose mlađima, kao i da se to pravo u sudu revnosno primjenjuje.

Drugi period razvoja prava u Crnoj Gori karakteriše stvaranje pisanog prava, kao i pojava školovanih pravnika, prvi je diplomirao **Gavro Vuković**, sin vojvode Miljana Vukova Vešovića, Dr Valtazar Bogišić će među senatorima naći kompetentne poznavaoce običajnog prava, kao što su vojvoda Đuro Matanović i vojvoda Marko Miljanov, koji su mu davali odgovore u čuvenoj anketi o crnogorskim pravnim običajima. Narodni glavari, bili su nosioci razvoja prava u Crnoj Gori, o čemu najbolje svjedoči akademik Branko Pavićević govoreći o prvom čitanju Opšteg imovinskog zakonika:

Nikad, barem u praksi južnoslovenskih naroda, jedno isključivo pravničko savjetovanje, s manje školski kvalifikovanih učesnika, nije preporučilo solidniji nacrt jednog građanskog zakonskog kodeksa od dalekosežnijeg značaja, kao što je ovo održano u organizaciji crnogorskog Senata na Cetinju 1875. godine.

Ovdje ćemo se podsjetiti da se tačno kroz deset dana navršava 130 godina od proglašenja tog slavnog crnogorskog zakonika. Donošenje Opšteg imovinskog zakonika predstavlja prekretnicu posle koje pravni život u Crnoj Gori dobija novi oblik i kvalitet: u Crnu Goru dolaze sve više afirmisani pravници iz ostalih južnoslovenskih zemalja, a takođe pristižu i novi diplomirani pravници koji preuzimaju obaveze u državnoj službi, tako da već 1904. godine Crna Gora dobija i prvog doktora pravnih nauka, Dušana Matanovića, zatim, 1905. dobija prvi Ustav, 1909. godine stiču se uslovi za zakonsko ustanovljenje advokatske profesije, a 1914. godine dobiće i prvi pravni udžbenik *Poznavanje zakona* od Živka Dragovića i Ljubomira Bakića.

Osnivanjem Udruženja pravnika i časopisa Pravni zbornik počinje novi period razvoja crnogorskog prava. Ove nove

crnogorske pravne institucije osnivaju se prvenstveno u cilju ujednačavanja pravne prakse na području Velikog suda u Podgorici i to prije svega što potpunijom i tačnijom primjenom Opšteg imovinskog zakonika i drugih pravila i propisa autentične crnogorske pravne baštine, a što je bilo neophodno s obzirom da se Crna Gora već deceniju i po nalazila u sastavu kraljevine Jugoslavije pa je primjena novog unitarnog prava izazivala brojne teškoće u praksi. Sa ostvarivanjem tih ciljeva Udruženje nastavlja u posleratnom periodu, koji se odlikuje dinamičnim razvojem prava i pravnih institucija, upravnih, pravosudnih, obrazovnih i naučnih, otvaraju se pravni fakulteti, osnivaju se novi pravni časopisi, što sve zajedno čini da crnogorski pravnici stiču visok profesionalni ugled i renome.

Četvrti period razvoja crnogorske države i prava započinje 2006. godine, sticanjem državne nezavisnosti. Ovaj period karakteriše puna pravna i institucionalna nadležnost u zakonodavnoj, upravnoj i sudskoj oblasti, kao i u kreiranju i vođenju unutrašnje i spoljne politike države. U tim aktivnostima, pravnicu su dali odlučujući doprinos čiji je rezultat činjenica da da je Crna Gora za relativno kratko vrijeme stvorila razvijen, stabilan i moderan pravni sistem. Međutim koliko god novo vrijeme donosilo sve modernije zahtjeve pravnici nikad ne treba da izgube iz vida klasično Ulpijanovo načelo da je pravo vještina dobrog i pravičnog a da pravnici kao sveštenici pravde ima da slijede načelo *časno živjeti, drugoga ne povrijediti, svakom njegovo dodijeliti*.

Udruženje pravnika. Udruženje pravnika od osnivanja, jednako kao i danas, predstavlja forum i adresu koja je neprekidno okrenuta ka unapređenju pravnog sistema. To je doprinijelo da ono uvijek bude u centru svih zbivanja u našoj profesiji, a što mu je omogućilo da uspješno odgovori na sve izazove. Nastojimo da se riječ Udruženja širi prvenstveno putem Pravnog zbornika kao i putem saopštenja sa naših skupova i foruma. U tom cilju smo, naročito u periodu od tzv. reosnivanja Udruženja 1994. godine obezbijedili redovno izlaženje Pravnog zbornika, održali veliki broj savjetovanja na pojedine teme od najvišeg društvenog značaja, održali veliki broj javnih rasprava i tribina o najvažnijim pravnim aktima

naše države, počev od Ustava pa do najznačajnijih zakonskih projekata. Volontersko ustrojstvo organa Udruženja čini da se već duže vremena ne oglašavamo svakodnevno i povodom različitih pojava koje zahtijevaju intervenciju pravnika, iako bi to ponekad bilo umjesno, kao npr. što bi bio dragocjen stav o ponekad narušenoj ravnoteži na relaciji pravo - politika ili, npr o aktuelnom apsurdnom i nečuvenom zastrašivanju državnih službenika da zaštitu svojih prava na potraživanja prema državi ne ostvaruju u sudskom postupku. U tom pogledu nije nam dovoljan izgovor što na takve pojave reaguju druge nevladine organizacije, već se mora čuti i glas Udruženja pravnika.

Pravni zbornik. Posebnu vrijednost našeg Udruženja predstavlja časopis Pravni zbornik, čiji je prvi broj objavljen 1. jula 1933. godine u Podgorici, što ga čini najstarijim pravnim časopisom sa kontinuitetom izlaženja, kod nas. Osnivač i vlasnik bio je Milovan M. Vuković, sudija Okružnog suda u Podgorici, a uskoro i državni zastupnik Zetske banovine. Glavni i odgovorni urednik bio je Božidar S. Tomović, zamjenik Višeg državnog tužioca u Podgorici, a članovi uređivačkog odbora bili su Milovan M. Vuković, Boško Bojović, advokat, Marko Popović i Petar. F. Protić. Taj datum, uzima se ne samo kao dan Pravnog zbornika, već ujedno i kao dan Udruženja pravnika Crne Gore, a ovo iz razloga što već na godišnjoj skupštini Udruženja pravnika Crne Gore, 11. aprila 1937. godine, Pravni zbornik postaje organ i glasilo Udruženja pravnika i tako je ostalo do danas.

Pravni zbornik je dijelio sudbinu burnih istorijskih zbivanja u Crnoj Gori, pa se tako za prvi period njegovog izlaženja uzima onaj od 1933. do 1941. godine, kada je njegov glavni i odgovorni urednik bio Božidar S. Tomović.

Kao drugi period izlaženja časopisa, uzima se onaj od 1960. do 1991. godine, kada je obnovljen rad časopisa i formirana nova redakcija, u kom periodu je imao tri glavna i odgovorna urednika: Božo Vujošević (1960-1970), Stojan Đuranović (1970 – 1980) i prof. dr Slobodan Blagojević (1980 – 1990) i, uz njih, urednici su bili Blažo Borovinić i Milovan – Mušo Šćepanović.

Treći period Pravnog zbornika, je onaj poslije 1994. godine, u kome su glavni i odgovorni urednici bili dr Čedomir Bogičević

(1993 – 2003), Željko Tomović (2003 – 2008), a od 2008 i danas glavni i odgovorni urednik Pravnog zbornika je doc. dr Branislav Radulović.

U zadnjem periodu, Pravni zbornik je uz svoj naziv dobio i odrednicu “Časopis za pravnu teoriju i praksu” i, što je naročito važno, nastojimo da težište uređivačke politike sve više usmjerimo ka afirmaciji nove generacije crnogorskih pravnika sa ciljem uvećanja kapaciteta i znanja ukupne pravne profesije u aktuelnom procesu usvajanja vrijednosti prava Evropske unije i međunarodnih pravnih standarda. Upravo zbog toga je Pravni zbornik, pored uređivačkog odbora, čiji sastav čine ugledni crnogorski pravници, dobio i posebnu inostranu redakciju sačinjenu od šest međunarodno poznatih pravnih autoriteta koji doprinose renomeu i ugledu časopisa.

Završetak. Organi Udruženja pravnika Crne Gore – Upravni odbor, predsjednik Udruženja prof. dr. Mladen Vukčević, generalni sekretar Udruženja doc. dr. Nikola Dožić, glavni i odgovorni urednik Pravnog zbornika doc. dr. Branislav Radulović kao i svi ostali, dostojno vrše svoje funkcije i daju primjer ličnim doprinosom ostvarivanju ciljeva i zadataka našeg udruženja.

Imajući u vidu akumulirano iskustvo i znanje koje se steklo u Udruženju pravnika Crne Gore i u Pravnom zborniku u proteklih 85 godina, kao i na privrženost pravnika Udruženju i časopisu, možemo sa optimizmom gledati na doprinos pravnika daljem razvoju pravnog sistema i pravne kulture u Crnoj Gori.



**UDRUŽENJE PRAVNIKA
CRNE GORE
Lawyers Association of Montenegro**

Podgorica, 29. maj 2018. godine

Na osnovu čl. 12. Stav 3 Satuta Udruženja pravnika Crne Gore **donosim**

**Odluku
o održavanju Izborne Skupštine
Udruženja pravnika Crne Gore**

Izborna Skupština Udruženja pravnika Crne Gore održati će se **29 juna 2018. godine u Podgorici.**

Za predsjednika Organizacionog odbora Izborne Skupštine imenuje se predsjednik Senata UPCG **dr Radomir Prelević**, a za sekretara Odbora **dr Nikola Dožić**.

Odbor je dužan pripremiti **kandidacione liste** i dostaviti ih članovima Skupštine 7 dana prije održavanja Skupštine.

Prof. dr Mladen Vukčević
predsjednik Udruženja pravnika Crne Gore



**UDRUŽENJE PRAVNIKA
CRNE GORE
Lawyers Association of Montenegro**

Podgorica, 29. maj 2018. godine

Na osnovu čl. 12. Statuta Udruženja pravnika Crne Gore **sazivam** :

IZBORNU SKUPŠTINU
Udruženja pravnika Crne Gore

koja će se održati **29.06.2018. godine sa početkom u 13 časova**
u sali “Valtazar Bogišić”, na prvom spratu **Pravnog fakulteta**
Univerziteta Crne Gore - Podgorica.

DNEVNI RED

1. Izbor predsjednika i potpredsjednika Skupštine UPCG
2. Imenovanje radnog predsjedništva i zapisničara
3. Pozdravne riječi gostiju Skupštine
4. obraćanje predsjednika Senata UPCG
5. Izmjene i dopune Statuta UPCG (član 22)
6. Izbor Predsjednika UPCG
7. Izbor 4 potpredsjednika UPCG
8. Izbor 6 članova Upravnog odbora UPCG
9. Izbor 9 članova Senata UPCG
10. Tekuća pitanja

Prof. dr Mladen Vukčević
predsjednik Udruženja pravnika Crne Gore



**UDRUŽENJE PRAVNIKA
CRNE GORE
Lawyers Association of Montenegro**

Podgorica, 29. jun 2018. godine
Broj: UPCG – SK – 05/18

Na osnovu čl. 12. i 20., a u vezi sa članom 21 Statuta Udruženja pravnika
Crne Gore
donosim :

**ODLUKU
O IZBORU PREDSEDNIKA
Udruženja pravnika Crne Gore**

Izborna Skupština Udruženja pravnika Crne Gore, na sjednici održanoj
29.06.2018. godine za Predsjednika Udruženja izabrla je **dr Branislava
Radulovića.**

Mandat Predsjednika Udruženja je 4 godine.

Prof. dr Mladen Vukčević
predsjednik Skupštine Udruženja pravnika Crne Gore



**UDRUŽENJE PRAVNIKA
CRNE GORE
Lawyers Association of Montenegro**

Podgorica, 29. jun 2018. godine
Broj: UPCG – SK – 06/18

Na osnovu čl. 12. i 20., a u vezi sa članom 21 Statuta Udruženja pravnika
Crne Gore
donosim :

ODLUKU
O IZBORU POTPREDSJEDNIKA
Udruženja pravnika Crne Gore

Izborna Skupština Udruženja pravnika Crne Gore, na sjednici održanoj
29.06.2018. godine za potpredsjednike Udruženja izabrla je:

- 1. Desanku Lopičić**
- 2. Dr Maju Kostić Mandić**
- 3. Šućka Baković**
- 4. Mr Sergeja Sekulovića**

Mandat potpredsjednika Udruženja je 4 godine.

Prof. dr Mladen Vukčević
predsjednik Skupštine Udruženja pravnika Crne Gore



UDRUŽENJE PRAVNIKA
CRNE GORE
Lawyers Association of Montenegro

Podgorica, 29. jun 2018. godine
Broj: UPCG – SK – 07/18

Na osnovu čl. 12. i 20., a u vezi sa članom 21 Statuta Udruženja pravnika
Crne Gore
donosim :

ODLUKU
O IZBORU ČLANOVA UPRAVNOG ODBORA
Udruženja pravnika Crne Gore

Izborna Skupština Udruženja pravnika Crne Gore, na sjednici održanoj
29.06.2018. godine za članove Upravnog odbora Udruženja izabrla je:

- 1. Dr Vesnu Simović Zvicer**
- 2. Mr Vlada Dedovića**
- 3. Mr Bojana Božovića**
- 4. Dr Gordanu Paović - Jeknić**
- 5. Pavla Radovanovića**
- 6. Anu Stanković Mugoša**

Mandat članova Upravnog odbora Udruženja je 4 godine.

Prof. dr Mladen Vukčević
predsjednik Skupštine Udruženja pravnika Crne Gore



UDRUŽENJE PRAVNIKA
CRNE GORE
Lawyers Association of Montenegro

Podgorica, 29. jun 2018. godine
Broj: UPCG – SK – 08/18

Na osnovu čl. 12. i 20., a u vezi sa članom 21 Statuta Udruženja pravnika
Crne Gore
donosim :

ODLUKU

O IZBORU ČLANOVA SENATA Udruženja pravnika Crne Gore

Izborna Skupština Udruženja pravnika Crne Gore, na sjednici održanoj
29.06.2018. godine za članove Senata Udruženja izabrla je:

- | | |
|----------------------------------|-------------------------------|
| 1. Dr Radomira Prelevića | 6. Zorana Pažina |
| 2. Dr Čedomira Bogicevica | 7. Dr Zorana Rašovića |
| 3. Dr Ivanu Jelić | 8. Antona Markića |
| 4. Stanka Marića | 9. Dr Dražena Cerovića |
| 5. Mr Emiliju Durutović | |

Mandat članova Senata Udruženja je 4 godine.

Prof. dr Mladen Vukčević

predsjednik Skupštine Udruženja pravnika Crne Gore

Na osnovu člana 53 Ustava Crne Gore („Sl. list CG” br. 1/07) i člana
23 Zakona o nevladinim organizacijama („Sl. list CG” br. 39/11)
Skupština Udruženja pravnika Crne Gore na svojoj sjednici održanoj
12.07.2012. godine usvojila je:

STATUT UDRUŽENJA PRAVNIKA CRNE GORE¹

OSNOVNE ODREDBE

¹ **Prečišćeni tekst Statuta UPCG** (sa izmjenom u stavu 2 člana 22 Statuta
usvojenom na Izornoj Skupštini UPCG održanoj 29.06.2018. godine)

Član 1

Udruženje pravnika Crne Gore (u daljem tekstu: Udruženje) je samostalna i nezavisna organizacija pravnika.

Član 2

Svoje ciljeve Udruženje ostvaruje djelatnostima usmjerenim na razvoj i unapređivanje pravne teorije i pravne prakse, pravne svijesti, pravne etike i pravne kulture, razvijanje saradnje sa drugim srodnim udruženjima i organizacijama u zemlji i inostranstvu, kao i organizovanjem drugih aktivnosti kojima se ostvaruju ciljevi Udruženja.

Udruženje izdaje časopis «Pravni zbornik», organizuje pravničke dane na teritoriji Crne Gore kao poseban institucionalni oblik rada i odlučuje o načinu učešća odgovarajućih i srodnih udruženja ili organizacija iz inostranstva u njihovom radu.

Svi izrazi koji se u ovom Statutu koriste za fizička lica u muškom rodu podrazumevaju iste izraze u ženskom rodu.

NAZIV I SJEDIŠTE UDRUŽENJA

Član 3

Naziv Udruženja je: Udruženje pravnika Crne Gore.

Na engleskom jeziku: Lawyers Association of Montenegro.

Skraćeni naziv je: UPCG

Udruženja ima svoj logo.

Sjedište Udruženja je u Podgorici, ul. Novaka Miloševa bb.

Član 4

Udruženje ima pečat i štambilj.

Pečat je okruglog oblika, prečnika 30 mm na kojem je po obodu ispisan tekst: Udruženje pravnika Crne Gore.

Štambilj je pravougaonog oblika, dimenzija 60 X 30 mm, koji sadrži tekst: Udruženje pravnika Crne Gore i prostor za broj akta i datum upisa.

Izradu, upotrebu, zamjenu, način korišćenja i čuvanja, broj pečata i štambilja, utvrđuje Predsjednik Udruženja, posebnim aktom, u skladu sa propisima.

Pečat služi za potvrđivanje autentičnosti akata Udruženja, a štambilj za prijem akata.

U pravnom prometu, službenim odnosima i prepisci sa pravnim i fizičkim licima Udruženje koristi jedinstveni memorandum koji sadrži: pun naziv Udruženja, poštansku adresu, e-mail i grafički prikaz boginje Justicije.

Član 5

Udruženje ima svojstvo pravnog lica.

U pravnom prometu sa inostranstvom Udruženje može koristiti naziv i na odgovarajućem stranom jeziku.

CILJEVI UDRUŽENJA I NAČIN NJIHOVOG OSTVARIVANJA

Član 6

Ciljevi Udruženja su:

- razvoj i usavršavanje pravnog sistema na načelima ustavnosti i zakonitosti i principima pravednog prava;
- razvoj i unaprjeđivanje pravne teorije i prakse, pravne svijesti, pravne etike i pravne kulture;
- razvijanje i unaprjeđivanje ljudskih prava i sloboda i mehanizama za njihovu zaštitu
- održavanje i unaprjeđivanje saradnje sa domaćim i inostranim udruženjima i drugim asocijacijama u oblasti stvaranja prava, pravne nauke i prakse i u srodnim oblastima;
- ostvarivanje i drugih ciljeva od interesa za Udruženja.

Član 7

Svoje ciljeve Udruženje ostvaruje:

- organizovanjem naučnih i stručnih savjetovanja, javnih rasprava i drugih stručnih skupova;
- organizovanjem predavanja, seminara i drugih oblika rada radi razvoja i unaprjeđivanja pravnog sistema, pravne teorije i prakse;
- izdavanjem stručnog časopisa i drugih publikacija;

- davanjem stručnih inicijativa državnim organima, organizacijama i udruženjima u oblasti prava i u srodnim oblastima i, na njihov zahtjev, pružanjem stručne pomoći;
- obavještaivanjem stručne i opšte javnosti o pitanjima od interesa za stvaranje prava, pravne teorije i prakse i ostvarivanja ljudskih prava i sloboda i drugim oblicima rada.

ČLANSTVO, PRAVA I DUŽNOSTI ČLANOVA UDRUŽENJA

Član 8

Članovi Udruženja mogu biti diplomirani pravnici.

Članom Udruženja postaje se davanjem pisane izjave o učlanjenju u Udruženje koja se dostavlja generalnom sekretaru.

Član Udruženja je dužan da afirmiše vrijednosti države Crne Gore i njen državni, pravni, duhovni i kulturni identitet.

Članstvo u Udruženju prestaje na osnovu zahtjeva za istupanje iz članstva, ukoliko neopravdano izostane sa dvije uzastopne sjednice Skupštine Udruženja ili na osnovu isključenja u slučaju da se član na pridržava odredaba ovog Statuta.

Odluku o isključenju donosi Upravni odbor Udruženja.

Protiv Odluke Upravnog odbora može se podnijeti prigovor Skupštini u roku od 15 dana od dostavljanja odluke. Skupština odlučuje o prigovoru na prvoj narednoj sjednici. Odluka Skupštine je konačna.

Evidenciju članova Udruženja vodi generalni sekretar u formi registra članova koji sadrži podatke o imenima članova, institucijama u kojima su zaposleni, adresi, telefonu i e-mail-u.

Član 9

Članovi Udruženja ostvaruju svoja prava i dužnosti angažovanjem na ostvarivanju ciljeva Udruženja, kao i učešćem u radu organa Udruženja.

Članovi Udruženja imaju pravo i dužnost da daju inicijative i predloge u vezi sa ostvarivanjem ciljeva Udruženja i rada organa Udruženja.

Član 10

Upravni odbor može proglasiti istaknute domaće i strane pojedince i organizacije za počasne članove Udruženja.

ORGANI I TIJELA UDRUŽENJA

Član 11

Organi Udruženja su:

- Skupština;
- Upravni odbor;
- Predsjednik.

Tijela Udruženja su:

- Senat
- Savjet mladih

Upravni odbor može obrazovati radna tijela radi pomoći u radu.

SKUPŠTINA UDRUŽENJA

Član 12

Skupština je najviši organ Udruženja.

Redovno zasjedanje Skupštine održava se najmanje jednom godišnje.

Redovnu sjednicu Skupštine saziva i njome predsjedava predsjednik Skupštine, a u slučaju njegove spriječenosti, potpredsjednik Skupštine.

Sazivanje sjednice Skupštine vrši se putem obavještenja sa naznačenim vremenom, mjestom održavanja i prijedlogom dnevnog reda i načinom upoznavanja sa materijalom, najmanje sedam (7) dana prije održavanja.

Vanredna sjednica Skupštine se saziva na inicijativu najmanje 25 članova Udruženja, predsjednika Skupštine i Upravnog odbora.

U slučaju sazivanja vanredne Skupštine Udruženja, predsjednik Skupštine je dužan da najkasnije u roku od trideset (30) dana od dana pokretanja inicijative za njeno sazivanje, sazove sjednicu Skupštine Udruženja i predloži dnevni red, u skladu sa zahtjevom koji se dostavlja uz poziv.

Na sjednici Skupštine sastavlja se spisak prisutnih i odsutnih članova.

Spisak učesnika čuva se u dokumentaciji o radu Skupštine.

Član 13

Skupština može da zasjeda i odlučuje ako je prisutno 50 % +1 članova.

Kvorum za rad i odlučivanje utvrđuje Predsjednik Skupštine koji otvara njeno zasjedanje.

Ako se Skupština nije mogla održati zbog nedostatka kvoruma, ponovo se saziva u roku od 15 dana, sa istim dnevnim redom.

Član 14

Skupština odlučuje javnim i tajnim glasanjem.

Javno glasanje vrši se dizanjem ruke ili izjašnjavanjem putem poimenične prozivke članova.

Skupština odlučuje tajnim glasanjem kad to zahtijeva najmanje 50 % +1 prisutnih članova.

Tajno glasanje se vrši putem glasačkih listića.

Član 15.

Javnost rada Skupštine obezbjeđuje se putem objavljivanja saopštenja za javnost i drugih izvještaja.

Član 16.

Na svakoj sjednici Skupštine, vodi se zapisnik o radu Skupštine.

U zapisnik se unose osnovni podaci o radu Skupštine, a naročito:

- mjesto i dan održavanja sjednice;
- dnevni red;
- lično ime zapisničara;
- tok rada, a posebno pitanja o kojima se raspravlja, imena lica koja su učestvovala u raspravi i sažeta sadržina njihovih izlaganja;
- rezultat glasanja po pojedinim tačkama dnevnog reda;
- konstatacija predsjednika o donošenju odluka;

- izdvojeno mišljenje članova;
- vrijeme završetka sjednice.

Član 17.

Odluke Skupštine se unose u zapisnik.

Uz zapisnik se prilaže spisak učesnika i dokazi o sazivanju Skupštine.

Član 18.

Zapisnik potpisuje Predsjednik Skupštine i zapisničar.

Ako se zapisnik sastoji od više stranica, Predsjednik Skupštine i zapisničar stavljaju na svaku stranicu zapisnika svoj skraćeni potpis (paraf).

Član 19.

Članovi Skupštine imaju pravo da pregledaju zapisnik po njegovom sastavljanju i potpisivanju Predsjednika Skupštine i zapisničara.

Zapisnik o radu Skupštine čuva se u arhivi Udruženja kao dokument trajne vrijednosti.

Član 20.

Skupština Udruženja ima predsjednika i potpredsjednika.

Predsjednika i potpredsjednika biraju članovi Skupštine na prijedlog najmanje deset članova Udruženja.

Predsjednik Skupštine rukovodi radom Skupštine,

U slučaju spriječenosti Predsjednika Skupštine da obavlja svoje nadležnosti, potpredsjednik Skupštine preuzima poslove iz ovog člana.

Mandat Predsjednika i potpredsjednika traje četiri godine sa mogućnošću ponovnog izbora.

Član 21

Skupština Udruženja:

- donosi Statut i izmjene i dopune Statuta, dvotrećinskom većinom glasova prisutnih članova Skupštine;
- razmatra i odlučuje o opštim pitanjima u vezi sa ostvarivanjem ciljeva i rada organa Udruženja;

- bira i razrješava Predsjednika i potpredsjednike Udruženja.
- bira i razrješava članove Upravnog odbora;
- bira i razrješava članove Senata;
- razmatra i usvaja izvještaj o radu Udruženja;
- donosi odluku o prestanku rada Udruženja, dvotrećinskom većinom glasova prisutnih članova Skupštine;
- odlučuje o korišćenju i raspolaganju sredstvima i imovinom Udruženja većinom glasova ukupnog broja članova
- obavlja druge poslove od interesa za ostvarivanje ciljeva i rad organa Udruženja.

UPRAVNI ODBOR

Član 22

Upravni odbor je organ upravljanja Udruženja.

Upravni odbor ima 11 članova².

Predsjednik i potpredsjednici su članovi Upravnog odbora po položaju. Članove Upravnog odbora bira Skupština iz reda članova Udruženja, na vrijeme od četiri godine.

Člana Upravnog odbora predlaže najmanje pet članova Udruženja.

Radom Upravnog odbora rukovodi Predsjednik Udruženja.

Upravni odbor odlučuje ukoliko je na sjednici prisutno više od polovine ukupnog broja članova Upravnog odbora, većinom glasova prisutnih članova, sem ukoliko za donošenje pojedinih odluka Statutom nije određena kvalifikovana većina.

Po potrebi, Upravni odbor može donositi odluke u pisanoj formi izjašnjavanjem svojih članova.

Predsjednik Udruženja ili 1/3 članova Upravnog odbora može predložiti Skupštini razrješenje člana Upravnog odbora i prije isteka mandata o čemu Skupština odlučuje tajnim glasanjem.

Upravni odbor za svoj rad odgovara Skupštini.

² Član 23 stav 2 izmijenjen je na Skupštini Udruženja pravnika Crne Gore 29.06.2018 godine na način da je umjesto dotadašnjih 15 utvrđeno da UO ima 11 članova.

Član 23

Upravni odbor:

- izvršava odluke i druge akte Skupštine;
- predlaže Skupštini donošenje Statuta i izmjene i dopune Statuta;
- predlaže Skupštini odluku o proglašenju Statuta;
- predlaže program rada Udruženja;
- može da predloži predsjednika i potpredsjednike Udruženja i članove Upravnog odbora;
- imenuje glavnog i odgovornog urednika i članove redakcije časopisa "Pravni zbornik";
- imenuje generalnog sekretara Udruženja;
- utvrđuje godišnji iznos članarine i način njenog plaćanja;
- odlučuje o dodjeljivanju priznanja za doprinos razvoju i unapređenju pravnog sistema, pravne teorije i prakse, pravne svijesti, pravne etike i pravne kulture, kao i za doprinos radu organa Udruženja;
- predlaže finansijski plan i završni račun Udruženja;
- donosi odluku o izgledu i zaštiti loga Udruženja;
- odlučuje o načinima komunikacije sa javnošću;
- odlučuje o uvođenju novih metoda i oblika rada;
- obavlja druge poslove od interesa za ostvarivanje ciljeva i rad organa Udruženja.

Upravni odbor donosi odluku kojom se utvrđuju vrste i način dodjele priznanja iz stava 1, alineja 11 ovog člana.

PREDSJEDNIK UDRUŽENJA

Član 24

Predsjednik Udruženja predstavlja i zastupa Udruženje.

Predsjednik se bira na vrijeme od četiri godine iz reda članova Udruženja.

Udruženje ima četiri potpredsjednika koji se biraju na isto vrijeme i na isti način na koji se bira predsjednik.

Predsjednik i potpredsjednici za svoj rad odgovaraju Skupštini.

Član 25

Predsjednik rukovodi radom Udruženja i:

- stara o ostvarivanju ciljeva i zakonitosti rada Udruženja;
- stara se o izvršavanju odluka i drugih akata Skupštine, Upravnog odbora;
- podnosi Skupštini izvještaj o radu Udruženja i
- vrši druge poslove utvrđene Statutom.

Predsjednika u slučaju njegove privremene spriječenosti zamjenjuje potpredsjednik koga on odredi.

U slučaju ostavke ili trajne spriječenosti predsjednika, do izbora novog predsjednika, zamjenjuje ga najstariji potpredsjednik Udruženja.

Predsjednik ima ovlašćenja finansijskog nalogodavca u odnosu na sredstva i imovinu Udruženja i može ih prenijeti na lice koje ovlasti.

Član 26

Redovne sjednice Upravnog odbora održavaju se najmanje jednom u šest mjeseci.

Redovne sjednice Upravnog odbora saziva Predsjednik Udruženja.

Sazivanje sjednice Upravnog odbora se obavlja putem pisanog poziva sa naznačenim vremenom i mjestom održavanja i prijedlogom njenog dnevnog reda.

Pisani poziv članovima Upravnog odbora mora biti uručen najmanje pet dana prije početka njenog zasjedanja.

Uz poziv na sjednicu Upravnog odbora dostavlja se i odgovarajući materijal (izvještaji, analize, bilansi, prijedlozi odluka i dr).

Član 27

Vanredne Sjednice Upravnog odbora se zakazuju na prijedlog 1/3 članova Upravnog odbora.

Član 28

Kvorum je 50%+1 od ukupnog broja članova Upravnog odbora.

Član 29

U izuzetno slučajevima, kada odlaganje donošenja određene odluke ne bi bilo u interesu Udruženja, Upravni odbor može donijeti odluku i bez sazivanja i održavanja sjednice (putem e-maila, telefaksom).

Predsjednik Udruženja odlučuje kada će se određena odluka donijeti na način iz stava 1 ovog člana

Član 30

Na prvoj sjednici po donošenju odluke e-mailom, telefonski i sl. Predsjednik Udruženja podnosi izvještaj o donijetoj odluci.

Član 31

Član Upravnog odbora ne može glasati kada se odlučuje o pitanjima u kojima postoji konflikt interesa.

Postojanje konflikta interesa cijeni Upravni odbor u svakom konkretnom slučaju.

Isključenje prava glasa članova odnosi se samo na pitanje zbog kojega je došlo do isključenja.

Član 32

Na zapisnik o radu Upravnog odbora, shodno se primjenjuju odredbe ovog Statuta koje se odnose na zapisnik sa zasjedanja Skupštine Udruženja.

SENAT

Član 33

Senat je savjetodavno tijelo Udruženja.

Senat ima 9 članova koje bira Skupština, na predlog Upravnog odbora, iz reda istaknutih naučnih i stručnih radnika iz oblasti prava.

Članovi Senata biraju se na vrijeme od četiri godine i mogu biti ponovo birani.

Radom Senata rukovodi predsjednik Senata koga biraju članovi Senata iz reda svojih članova.

Član 34

Senat razmatra i zauzima stavove iz djelokruga Udruženja, po sopstvenoj inicijativi ili na predlog Upravnog odbora i dostavlja ih Upravnom odboru.

Na zahtjev Upravnog odbora Senat će dati mišljenje.

Senat može predlagati Upravnom odboru način rješavanja određenog pitanja.

U radu Senata može učestvovati i Predsjednik Udruženja.

Senat zauzima stavove većinom glasova ukupnog broja svojih članova.

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK
ČASOPISA "PRAVNI ZBORNİK"

Član 35

Glavni i odgovorni urednik odgovoran je za pripremu i objavljivanje časopisa "Pravni zbornik".

Glavni i odgovorni urednik predlaže Upravnom odboru sekretara redakcije.

GENERALNI SEKRETAR

Član 36

Udruženje ima generalnog sekretara.

Generalnog sekretara, na predlog Predsjednika, bira Upravni odbor na vrijeme od četiri godine i može biti ponovo biran.

Generalni sekretar za svoj rad odgovara Upravnom odboru i Predsjedniku Udruženja.

Član 37

Generalni sekretar vrši stručne, administrativno-tehničke i druge poslove neophodne za funkcionisanje Udruženja.

SAVJET MLADIH PRAVNIKA

Član 38

Udruženje ima Savjet mladih pravnika, koga čine diplomirani pravnici do navršenih trideset godina života i studenti pravnih fakulteta.

Savjet mladih pravnika iz reda svojih članova bira predsjednika Savjeta.

Savjet mladih pravnika može posebnim pravilnikom u skadu sa ovim Statutom urediti svoju organizaciju, djelovanje i rad, a na koji saglasnost daje Upravni odbor.

UDRUŽIVANJE U MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE I DRUGE ASOCIJACIJE

Član 39

Udruženje se može udružiti, pristupiti ili učlaniti u odgovarajuće međunarodne organizacije i druge asocijacije.

Odluku o udruživanju, učlanjenju, pristupanju, odnosno istupanju Udruženja iz organizacija i drugih asocijacija donosi Upravni odbor.

NAČIN FINANSIRANJA UDRUŽENJA

Član 40

Udruženje pribavlja sredstva od članarine, doprinosa, dobrovoljnih priloga, poklona, donacija, zavještanja domaćih pravnih i fizičkih lica, pomoći od drugih organizacija i udruženja.

JAVNOST RADA UDRUŽENJA

Član 41

Rad Udruženja je javan.

Članstvo i javnost obavještavaju se o radu Udruženja neposredno, putem publikacija i saopštenja, kao i na drugi odgovarajući način.

U ime Udruženja, saopštenje za javnost o stavovima Udruženja o određenim pitanjima daje Predsjednik Udruženja ili lice koje on ovlasti.

Stavove o pojedinim aktuelnim pitanjima mogu saopštavati javnosti članovi organa Udruženja, kao svoje stavove.

PRESTANAK RADA UDRUŽENJA

Član 42

Udruženje prestaje sa radom ukoliko ne postoje uslovi za ostvarivanje njegovih ciljeva.

Odluku o prestanku rada, u skladu sa zakonom, donosi Skupština dvotrećinskom većinom glasova prisutnih članova.

U slučaju prestanka rada, imovina Udruženja pripada nevladinoj organizaciji koju odredi Skupština.

Prestanak rada prijavljuje se u roku od 30 dana od dana prestanka rada nadležnom organu kod kojeg je Udruženje registrovano, radi brisanja iz registra.

Član 43

Funkcija organa Udruženja prestaje danom izbora novih organa Udruženja.

PRELAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE

Član 44

Statut donosi i proglašava Skupština.

Izmjene i dopune Statuta donosi Skupština po postupku za njegovo donošenje.

O Statutu i izmjenama i dopunama Statuta, obavještava se nadležni organ registrovano u roku od 30 dana od dana donošenja.

Član 45

Statut stupa na snagu danom usvajanja na Skupštini.

Statut se objavljuje u „Pravnom zborniku“ glasilu Udruženja pravnika Crne Gore.

Član 46

Danom stupanja na snagu ovog Statuta, prestaje da važi Statut Udruženja pravnika Crne Gore koji je donijela Skupština Udruženja na sjednici od 09.07.2008. godine.

Predsjednik Skupštine
UDRUŽENJA PRAVNIKA
CRNE GORE

Borjanka Zogović s.r.

In memoriam

JULKA BADNJAR

(1952 - 2017)

Tužno je odjeknuo glas što ga proniješe iride u turobno jutro 02.03.2017.g., da se na nebeske livade i ljudsko pamćenje, u punom stvaralačkom naporu, kad se sa erudicijom i znanjem udruži mudrost i iskustvo, logos oplemeni ljudskošću i blagorodem, a strogi juristički silogizam ublaži milosrđem – preselila Julka Badnjar (rođena u znamenitom bratstvu Ostojić), sutkinja Vrhovnog suda Crne Gore, jedna među najvišim i najomiljenijim autoritetima crnogorske judikature što je neprikosnovenom širinom znanja, etičkom visinom i dubinom postojane čovječnosti neprikosnoveno, u svom uzvišenom pozivu, predsjedavala sudbenim stolom pravice.

„Mnogi ljudi ne samo da umriješe tijelom, no i rad njihov umrije koji ne smije biti zaboravljen...Je li pravo da se zaboravi sveti rad ljudi, a cvijeće i rosa, potočić, ljepota ženska, pjesma slavuja u lug, maovina, magla i vazduh – ništa se ne zaboravi“
(M. Miljanov)

Julka Badnjar je rođena 1952. g. u Žabljaku, đe završava osnovnu školu, a potom čuvenu Titogradsku gimnaziju. Diplomirala je na Pravnom fakultetu Univerziteta „Veljko Vlahović“ u Titogradu, 1975.g., među najbriljantnijim u generaciji.

Pripravnički staž obavila je u opštinskom sudu svog rodnog grada Žabljaka, nakon čega je položila pravosudni ispit pred autoritativnim kolegijumom izabranih crnogorskih sudija i znanstvenika, sa najvišom ocjenom i izraženim pohvalama i priznanjem od stane najvišeg merituma crnogorske judikature, nakon čega je izabrana za sudiju Opštinskog suda u Žabljaku, na kojoj dužnosti je u vremenu od 1977. g. do 1985. g. potvrdila svoj veliki talenat, znanje i ugled, stičući simpatije i uvaženje, kako žitelja svog rodnog kraja, tako svih učesnika

procesne dramaturgije, kojom se dolazilo do same suštine, etiologije i fenomenologije pravde.

Od 1985. g. do 1998. g. nalazila se na dužnosti sudije Okružnog privrednog suda u Titogradu (Podgorici) đe je došlo do izražaja njeno veliko znanje i senzibilitet u oblasti privrednog prava, što kao suptilna pravna grana integriše i sublimira multidisciplinarno složeni segment svog predmeta i metoda i same pravne prirode spora u koje je utkana cjelokupna jurisprudencija građanskog, trgovačkog, stečajnog, bankarskog, radnog i korporativnog prava kojim poljem je suvereno vladala prenoseći, nesebično, kao učitelj, svoja znanja mlađim generacijama.

Za sudiju Vrhovnog suda Crne Gore izabrana je 1998.g. u kojem je provela na dužnosti predsjednika privrednog odjeljenja i predsjednika vijeća u građanskom odjeljenju, temeljito poznavajući kako materiju parnice tako i materiju kaznene krivice i upravnog spora. Njeno mišljenje i izraženi stav bili su prihvatani kao osobe velikog moralnog integriteta, zbog čega je najvišem crnogorskom sudu, kao najstarijoj i najslavnijoj državno-pravnoj instituciji crnogorskog naroda, darivala autoritet i legitimitet ugleda, znanja i sposobnosti. Sa sobom je nosila najljepše goštačke vrijednosti – moralnu postojanost, časnost, blagu narav, toplinu riječi, poštovanje ljudskog dostojanstva i posebno izražene vrline o pravdi i jednakosti.

Autorka je nekoliko priručnika i stručnih komentara u oblasti judikature koji su bili pouzdani vodiči kako u oblasti kompetencije tako i na polju edukacije. Bila je član Sudskog savjeta, te dugogodišnji član komisija za polaganje pravosudnog ispita, stručnog ispita za rad u državnim organima i ispita za javne izvršitelje, predstavljajući veliki autoritet u tim uglednim tijelima zbog čega je uživala osobito poštovanje stručne javnosti. Provela je na studijskom usavršavanju u stečajnom sudu u Los Anđelesu, SAD, odakle je donijela veliko komparativno znanje, sudsku praksu i naučnu doktrinu u toj oblasti i kritički, sa dozom mjere i senzibiliteta, prenosila ta iskustva na crnogorske sudove, potvrđujući filozofemu anglosaksonske (commom law-a) jurisprudencije: *Pravo nije samo sistem logike nego i život - iskustvo.*

Svojom mjerom stvari – modus omnibus rebus i načinom postupanja – modus procedendi, Julka Badnjar našla je zajedničke niti života – modus vivendi između nauke, struke, znanja, istine, pravde, ljudske ljepote i čovječnosti, potvrdivši narodnu mudrost vjekova: umiru živi, žive mrtvi, što je najljepši spomenik – monumentum, trajniji od kamena i bronze, koji je ostavila crnogorskoj pravničkoj kulturi, svojoj porodici i rodnom zavičaju, čije će ime biti trajno upisano u ljetopis stvaralačkog agona. *Ima seoba, nema smrti* (M. Crnjanski).

Podgorica, oktobar 2018 godine

dr Čedomir Bogićević

U P U T S T V O
AUTORIMA ZA OBJAVLJIVANJE TEKSTOVA U
ČASOPISU ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU
„PРАВNI 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 Stejt Dipartmenta 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

