

ISSN 0350-6630

PRAVNI ZBORNIK

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

2/2020



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE

PRAVNI ZBORNİK
Law reports –
journal for legal theory and practice

Izdavač – publisher

UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE
Association of jurists of Montenegro

Glavni i odgovorni urednik
Chief editor
dr Branislav Radulović

Zamjenik glavnog urednika
Assistant editor in chief
dr Nikola Dožić

Uređivački odbor
Associate editors

akademik Mijat Šuković,
dr Čedomir Bogičević, dr Marko Dokić, dr Maja Kostić-Mandić,
dr Drago Radulović, dr Vladimir Savković, dr Snežana Miladinović,
dr Mladen Vukčević, dr Miloš Vukčević, dr Gordana Paović-Jeknić,
dr Ivana Jelić, dr Milan Marković

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

Sekretar Redakcije
dr Bojan Božović

PRAVNI ZBORNİK

časopis za pravnu teoriju i praksu

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

Dosadašnji Glavni i odgovorni urednici:

Božidar S. Tomović (1933-1941)
Božo Vujošević (1960-1970)
Stojan Đuranović (1970-1980)
Prof. dr Slobodan Blagojević (1980-1990)
Dr Čedomir 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) I sprat
81.000 Podgorica

Žiro račun / Bank account

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

Štampa / Print

„Pobjeda“ a.d. - Podgorica

Tiraž / Circulation

300

PRAVNI ZBORNİK
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

br. 2 /2020
Podgorica, decembar 2020

S A D R Ź A J

ČLANCI

Obligaciono pravo

Prof. dr Snežana MILADINOVIĆ
**POJAVA I RAZVOJ USLUŽNIH PRAVILA
U CRNOGORSKOM PRAVU 17**

Pravo Evropske Unije

Prof. dr Miloš VUKČEVIĆ
**PRAVO EVROPSKE UNIJE
U PRAKSI CRNOGORSKIH SUDOVA 39**

Kompanijsko pravo

Prof. dr Anđelko LOJPUR
Prof. dr Branislav RADULOVIĆ
**MENADŽEMENT PRIVREDNOG DRUŠTVA
slabosti u procesu korporativnog upravljanja 51**

Dr Andreja MIHAILOVIĆ
Luka PRELEVIĆ
**SKIDANJE KORPORATIVNOG VELA
proboj pravne ličnosti 73**

Radno pravo

Prof. dr Vesna SIMOVIĆ-ZVICER
**POMIRENJE PROFESIONALNIH I PORODIČNIH
OBAVEZA PREMA NOVOM ZAKONU O RADU 91**

Pravna istorija

Prof. dr Savo MARKOVIĆ
KAZNA BEŠČAŠĆA U PRAVU ANTIČKE GRČKE 113

PRILOZI

Mr Sanja ŽIVKOVIĆ
**SLOBODA PRUŽANJA USLUGA i analiza direktive
2006/123/EZ - direktiva Bolkestein 131**

Mr Krsto PEJOVIĆ
**REINTEGRACIJA ZAPOSLENOG NA RAD – analiza
zakonskog okvira i konvencijska (ne)utemeljenost 149**

Valentina PAVLIČIĆ
COVID-19 I NJEGOV UTICAJ NA LJUDSKA PRAVA 175

Mr Nikola MUGOŠA
**IZAZOVI SPROVOĐENJA DEMOKRATSKIH IZBORA U
DRŽAVAMA ČLANICAMA EU U USLOVIMA EPIDEMIJE
COVID-19 189**

Mr Jovana BOJIĆ
**UPRAVNO - SUDSKI POSTUPAK U CRNOJ GORI
de lege lata i de lege ferenda 211**

OGLEDI

Prof. dr Đorđije BLAŽIĆ POZITIVNO-PRAVNI OKVIR IZBORNOG (BIRAČKOG) PRAVA	233
Sreten IVANOVIĆ KONTROLA ZAKONITOSTI DJELOVANJA JAVNE UPRAVE	277
Rade BOJOVIĆ O NEKIM OBILJEŽJIMA DRUŠTVA SA OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU	301
Ana STANKOVIĆ MUGOŠA POSTUPAK MEDIJACIJE KAO JEDAN OD NAČINA ALTERNATIVNOG RJEŠAVANJA SPOROVA U CRNOJ GORI	321
Anja STRIKOVIĆ NAČELO ZAKONITOSTI I NJEGOV ZNAČAJ U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU	329

PRIKAZI

Prof. dr Branslav RADULOVIĆ KOMENTAR USTAVA CRNE GORE autora prof. Dr Mladena Vukčevića	347
Doc. dr Srdja MARTINOVIĆ GRAĐA ZA CRNOGORSKI BIOGRAFSKI LEKSIKON autora Dragice Lompar i Branislava Borilovića	353
In memoriam - Ljiljana PAOVIĆ	359

LAW REPORTS
JOURNAL FOR LEGAL THEORY AND PRACTICE

No. 2 / 2020
Podgorica, decembar 2020

C O N T E N T S

ARTICLES

Obligation law

Prof. dr Snežana MILADINOVIĆ
**EMERGENCE AND DEVELOPMENT OF
SERVICE RULES IN MONTENEGRIN LAW..... 17**

EU law

Prof. dr Miloš VUKČEVIĆ
**EUROPEAN UNION LAW IN THE
PRACTICE OF MONTENEGRIN COURTS..... 39**

Company law

Prof. dr Anđelko LOJPUR
Prof. dr Branislav RADULOVIĆ
**COMPANY MANAGEMENT
weaknesses in the corporate governance process 51**

Dr Andreja MIHAILOVIĆ
Luka PRELEVIĆ
**LIFTING THE CORPORATE VEIL
disregarding the corporate personality..... 73**

Labour law

Prof. dr Vesna SIMOVIĆ-ZVICER
**RECONCILIATION OF PROFESSIONAL AND FAMILY
OBLIGATION UNDER THE NEW LABOR LAW..... 91**

Legal history

Prof. dr Savo MARKOVIĆ
**THE PUNISHMENT OF INFAMY IN
ANCIENT GREEK LAW113**

VIEWS

Mr Sanja ŽIVKOVIĆ
**FREEDOM TO PROVIDE SERVICES and analysis of the
directive 2006/123/EZ - direktive Bolkestein 131**

Mr Krsto PEJOVIĆ
**REINTEGRATION OF EMPLOYEES - analysis of the legal
framework and conventions (un)foundednes..... 149**

Valentina PAVLIČIĆ
COVID-19 AND ITS INFLUENCE ON HUMAN RIGHTS..... 175

Mr Nikola MUGOŠA
**CHALLENGES OF CONDUCTING DEMOCRATIC
ELECTIONS IN EU MEMBER STATES DURING
THE EPIDEMIC OF COVID-19 189**

Mr Jovana BOJIĆ
**ADMINISTRATIVE - COURT PROCEDURE IN MONTENEGRO
de lege lata i de lege ferenda 211**

CONTRIBUTIONS

- Prof. dr Djordžije BLAŽIĆ
**POSITIVE-LEGAL FRAMEWORK OF THE ELECTION
(VOTING) RIGHTS 233**
- Sreten IVANOVIĆ
**CONTROL OF THE LEGALITY OF PUBLIC
ADMINISTRATION ACTION 277**
- Rade BOJOVIĆ
**ON SOME CHARACTERISTICS OF
LIMITED LIABILITY COMPANY 301**
- Ana STANKOVIĆ MUGOŠA
**MEDIATION PROCEDURE AS ONE WAY OF ALTERNATIVE
DISPUTE RESOLUTION IN MONTENEGRO 321**
- Anja STRIKOVIĆ
**PRINCIPLE OF LEGALITY AND ITS
SIGNIFICANCE IN CRIMINAL LEGISLATION 329**

REVIEWS

- Prof. dr Branslav RADULOVIĆ
**COMMENTARY ON THE CONSTITUTION OF MONTENEGRO
by the author prof. Dr Mladen Vukčević..... 347**
- Doc. dr Srdja MARTINOVIĆ
**MATERIALS FOR THE MONTENEGRIN BIOGRAPHICAL
LEXICON by the authors Dragica Lompar and Branislav
Borilovića 353**
- In memoriam - Ljiljana PAOVIĆ 359**

Riječ urednika

Poštovani čitaoci,
Uvažene kolege,

Drugo izdanje „Pravnog zbornika“, časopisa za pravnu teoriju i praksu, u 2020 godini, koji se štampa u izdanju Udruženja pravnika Crne Gore, crnogorskoj pravničkoj publici, u novom decembarskom izdanju, donosi ukupno 28 radova.

Redakcijski odbor časopisa, u ovom broju „Pravnog zbornika“, opredjelio se za publikovanje šest članaka i po pet ogleđa i priloga. Takodje, novo, izdanje „Pravnog zbornika“ sadrži i dva prikaza, među kojima i novog – osavremenjenog izdanja Komentara Ustava Crne Gore, koji je štampan u izdanju Udruženja pravnika.

Autori članaka, priloga i ogleđa su ugledni crnogorski pravници, profesori sa dva crnogorska Univerziteta, ali i mlađi autori koji na ovaj način unapređuju svoje pravničke karijere.

Sa izlaženjem ovog broja „Pravnog zbornika“, koji je pripreman u vrlo osjetljivom vremenu pandemije Corona 19 virusa, dodaje se još jedna godina uspješnog rada, u dosadašnjih 87 godina trajanja časopisa i Udruženja pravnika Crne Gore, kao izdavača.

"Pravni zbornik", u novom izdanju, štampan je na preko 360 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.

Namjera da časopis za pravnu teoriju i praksu „Pravni zbornik“ i u budućnosti ostane „riznica crnogorske pravne baštine“ ostvarljiva je samo ako se i dalje nastavi uspješna saradnja sa 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 za naredno izdanje mogu slati na e-mail adresu Udruženja pravnika Crne Gore upcg.cg@gmail.com ili kontaktirati Glavnog i odgovornog urednika „Pravnog zbornika“ na telefon 00-382-69-028-038.

Podgorica, decembar 2020. godine

Glavni i odgovorni urednik

dr Branislav Radulović



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

ČLANCI

Prof. dr Snežana MILADINOVIĆ ¹

POJAVA I RAZVOJ USLUŽNIH PRAVILA U CRNOGORSKOM PRAVU ²

Brojni statistički i ekonomski parametri i podaci svjedoče o naglom i brzom rastu broja, uloge i značaja usluga i uslužnih poslova u savremenoj ekonomiji, zbog čega se XXI vijek sve češće, ne samo kolokvijalno, već i u naučnim krugovima, naziva vijekom usluga i uslužnih poslova.³ Činjenica je da su uslužni poslovi preuzeli primat kako na nivou nacionalnih ekonomija, tako i na nivou tzv. svjetske ekonomije.⁴ Usluge i uslužne djelatnosti odlikuju, osim evidentnog ubrzanog razvoja, raznovrsnost, inovativnost i prilagodljivost. Uz navedeno, univerzalnost i kvalitativna ujednačenost postojećih, sa jedne, i otvorenost za pojavu i razvoj novih usluga i uslužnih djelatnosti, sa druge strane, uticali su na njihovu tržišnu i ekonomsku predominaciju.⁵ Navedeni razlozi bili su

¹ Profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore

² Rad je nastao kao rezultat angažovanja autora na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu i Instituta za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu "XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava" i materijala prikupljenih prilikom izrade teksta "Uslužna pravila u crnogorskom pravu (nekad i sad)" objavljenog u Zborniku savjetovanja "Savremeni pravni promet i usluge", 2018, str.31-50.

³ Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu i Institut za pravne i društvene nauke su bili nosioci naučnog projekta upravo pod nazivom "XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava", a 2011. godine je održan međunarodni naučni skup i objavljen zbornik radova pod istim nazivom.

⁴ Preambula br.4. Direktive EU 2006/123 o uslugama. Detaljnije: Hojnik J., The servitization of industry: EU law implications and challenges (2016) 53 Common Market Law Review, Issue 6, pp. 1575–1623.; Miodrag M., Zajednička pravila za ugovore o uslugama, Zbornik: Uslužno pravo, Kragujevac, 2013., str. 3-15.; Miladinović S., Ugovor o pružanju usluga u svijetlu evropskog ugovornog prava, Pravni zbornik Udruženja pravnika Crne Gore, br.3/2013., str. 111-126.

⁵ Detaljnije: Preambula br.4. Direktive EU2006/123 o uslugama; Priručnik za sprovođenje Direktive o uslugama, prevod Branislava Kovečević. Kompletan tekst vidjeti na: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm. Podaci pokazuju da su najrazvijenije zemlje svijeta danas upravo

odlučujući da se u tekst Preambule Direktive EU o uslugama unese konstatacija da razvoj uslužnih djelatnosti i slobodnog kretanja usluga imaju za cilj „usklađen, uravnotežen privredni razvoj, visoki stepen zaposlenosti i socijalne zaštite, visoki stepen konkurentnosti, povećanje standarda i kvaliteta života naroda Evrope“.⁶

Za naše analize posebno je značajna činjenica da je razvoj usluga i uslužnih poslova pratio, ništa manje intenzivan i dinamičan proces - proces stvaranja novih, u svemu savremenim uslužnim poslovima prilagođenih, pravnih pravila. I ne samo to. Uslužna pravila, proces njihovog stvaranja, strukturiranja i sistematizovanja, kao i harmonizovanja i postupnog unifikovanja, postali su imperativ savremenog poslovnog života. U prilog ove konstatacije ide ne samo očigledna ubrzana legislativna aktivnost u sektoru uslužnih poslova, čiji smo svjedoci, već i impulsi koje poslovna i sudska praksa daju sveobuhvatnom, savremenim uslovima i potrebama prilagođenom, pravnom regulisanju ove materije. Naglasimo da posebnu ulogu i značaj imaju sve brojnija doktrinarna istraživanja i rasprave na temu pravnog regulisanja usluga i uslužnih poslova.⁷

one koje su i najveći izvoznici usluga. Procjenjuje se da između 70 i 80% zaposlenih danas radi u sektoru usluga. Isti procenat je i novoformiranih privrednih subjekata koji su formirani upravo u cilju obavljanja uslužnih djelatnosti. Oko 70% bruto nacionalnog dohotka ostvaruje se u sektoru usluga. Detaljnije: Vujić V., *Preduzetništvo i menadžment u uslužnim delatnostima*, Sveučilište u Rijeci, Rijeka, 2010.; Veljković S., *Marketing usluga*, Beograd, 2009.; Richard Normann, *Service management (strategy and leadership in service business)*, Wiley, 2000.; Christian Grönroos, Johanna Gummerus, "The service revolution and its marketing implications: service logic vs service-dominant logic, *Managing Service Quality*, 2014, Vol. 24 Iss: 3; Adrian Palmer, *Principles of Services Marketing*, 5th edition, McGraw Hill Publishing Company, England, 2008.; Bakić O., Ljubojević Č., Živković A., *Menadžment usluga u savremenoj ekonomiji*, Ekonomski fakultet, Beograd, 1998., str.11-16.; Ljubojević Č., *Marketing usluga*, Institut za tržišna istraživanja, Beograd, 1996.; Milosavljević M., Maričić M., Gligorijević B., *Osnovi marketinga*, Ekonomski fakultet, Beograd, 2004.

⁶ Čl. 47. i 55. Ugovora o osnivanju EU; Preambula br.1. i 2. Direktive EU 2006/123 o uslugama. Hojnik J., *EU Internal Market and National Tradition and Culture: Any Room for Market Decentralisation?* *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 8, 2012, str.117-142.

⁷ U Republici Srbiji je održano više naučnih skupova na temu pravnog regulisanja uslužnih poslova. Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu i Institut za pravne i

Ne ulazeći u moguće, brojne i krajnje interesantne digresije od temu uslužnih poslova, podsjetimo samo na činjenicu da je njihovo pravno regulisanje danas podjednako aktuelno kako na nivou nacionalnih zakonodavstava tako i u pravu Evropske unije. Aktuelni proces rekodifikacije privatnog prava na evropskom tlu (izmjene i dopune građanskih zakonika aktuelne su u Mađarskoj, Slovačkoj, Češkoj, Rumuniji, Poljskoj...) pokazuje da nacionalna zakonodavstva sve veću pažnju i prostor posvećuju pravnom regulisanju uslužnih poslova. Na to su svakako uticali rezultati postignuti u pravu EU donošenjem Direktive EU o uslugama, ali i izradom tekstovima, kao što su Principles of European Contract Law (PECL) i Draft Common Frame of Reference for a European Private Law (DCFR).⁸ Sve navedeno, a prije svega, evidentan međusoban legislativni uticaj kroz ciklično smenjivanje procesa nacionalizacije i internacionalizacije uslužnih pravila, dovelo je do toga da se prve decenije XXI vijeka smatraju ne samo decenijama dominacije usluga i uslužnih poslova, već i decenijama koji karakteriše ubrzana i sveobuhvatna normativna aktivnosti u sferi uslužnih poslova.

Donošenjem Zakona o uslugama⁹ i Crna Gora je učinila korak ka osavremenjavanju i objedinjavanju pravila i propisa u

društvene nauke bili su nosioci naučnog projekta pod nazivom "XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava". Od 2011. do 2020. godine objavljeni su zbornici radova sa Međunarodnih naučnog skupova posvećenih upravo ovoj problematici (Zbornik radova: XXI vek – vek usluga i uslužnog prava, Kragujevac, 2011; Zbornik radova: Pravo i usluge, Kragujevac, 2012; Zbornik radova: Uslužno pravo, Kragujevac, 2013; Zbornik radova: Uslužni poslovi, Kragujevac, 2014; Zbornik radova: Usluge i zaštita korisnika, Kragujevac, 2015; Zbornik radova: Usluge i uslužna pravila, Kragujevac, 2016; Zbornik radova: Usluge i odgovornost, Kragujevac, 2017; Zbornik radova: Savremeni pravni promet i usluge, Kragujevac, 2018; Zbornik radova: Sloboda pružanja usluga i pravna sigurnost, Kragujevac, 2019.; Zbornik radova: Usluge i prava korisnika, Kragujevac 2020.)

⁸ Detaljnije: Miladinović S., Načela evropskog ugovornog prava (osnova novog evropskog ugovornog prava i uticaj na Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore), Univerzitet Crne Gore, Pravni fakultet, Podgorica, 2011., str.1-336.; Miladinović S., Ugovor o pružanju usluga u odredbama Zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo (Draft Common Frame of Reference for a European Private Law-DCFR), Zbornik: Pravo i usluge, 2012., str.39-51.

⁹ Službeni list Crne Gore, br. 71/17 od 31.10.2017.

sferi uslužnih poslova.¹⁰ Donošenje ovog Zakona je početni korak kojim bi se Crna Gora našla među zemljama koje su uvidjele neophodnost adekvatnog regulisanja usluga i uslužnih poslova i na nju pravovremeno reagovala. Nepoznanica je da li će se u tekstu budućeg Građanskog zakonika Crne Gore naći mjesta za opšta i posebna pravila koja bi regulisala ugovor o pružanju usluga.¹¹

Predmet analiza u ovom radu nisu savremeni procesi u sferi pravnog regulisanja uslužnih poslova ni savremena uslužna pravila. Ovim radom okrećemo se prošlosti. Namjera nam je da, na primjeru Crne Gore, pokažemo kako su nastajala i kako su se uobličavala prva uslužna pravila, šta je iniciralo njihov nastanak, koji su uslovi morali biti ispunjeni da bi se iskristalisala i nametnula potreba njihovog donošenja. U pravnoj istoriji Crne Gore, interesatnoj i jedinstvenoj po mnogo čemu, nalazimo i pravila koja po svojoj sadržini spadaju u red onih koja bi danas svrstali među uslužna pravila, koja plijene svojom osobenošću i jedinstvenošću. Lako se može uočiti, da su se u Crnoj Gori, u relativno kratkom vremenskom periodu, podstičući se međusobno, razvili tržište i tržišni odnosi, poslovni ambijent i pravna regulativa. Nama je cilj da pokazemo, kako su nastajala, kako su se, u kojim prilikama i pod kojim uticajima razvijala i kako su glasila pravila, koja predstavljaju svojevrstu preteču pravila koja danas nazivamo uslužnim pravilima. Trenutak u kom su ta pravila nastala i njihova sadržina ukazuju na povezanost i uslovljenost između razvoja tržišta i tržišnih odnosa, sa jedne, i uslužnih poslova i pravila za njihovo obavljanje sa druge strane. Čini se da nema slikovitijeg primjera za rečeno od pravila Opšteg imovinskog

¹⁰ Čl. 37. Zakona predviđeno je da "Zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u Službenom listu Crne Gore, a primjenjivaće se od dana pristupanja Crne Gore Evropskoj uniji".

¹¹ Detaljnije: Miladinović S., Ugovor o pružanju usluga u odredbama Zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo (Draft Common Frame of Reference for a European Private Law – DCFR), str.42-43.; Miladinović S., Pojedini ugovori o pružanju usluga u svijetlu Zajedničkog referentnog okvira za privatno pravo (Draft Common Frame of References for Private Law), Zbornik: Uslužno pravo, Kragujevac, 2013., str. 17-36.

zakonika za Crnu Goru i Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika iz 1892. godine. Slobodno možemo reći da, ako bi pravili paralelu sa savremenim uslužnim pravilima i njihovom sistematikom, pravila sadržana u OIZ-u spadala bi u opšta, a ona u Pravilniku po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika u posebna.¹²

Iz dosadašnjeg iskustva i perspektive koju ono pruža, jasno je da je pretpostavka za pojavu i razvoj usluga i uslužnih poslova postojanje razvijenog tržišta i tržišnih odnosa. Empirija pokazuje da razvijeni tržišni odnosi predstavljaju uslov za pojavu, razvoj i svakovrsno umnožavanje uslužnih poslova, iz čega proističe neophodnost njihovog sveobuhvatnog pravnog regulisanja. Upravo zato se, prva sistematizovana pravila koja se tiču prometa roba i, za naše analize posebno važan, promet usluga, na tlu Crne Gore nalaze u tekstu Bogišićevog Opšteg imovinskog zakonika.

Zatvorena kućna privreda i plemensko uređenje nisu mogli biti ambijent za pojavu i razvoj obligacionih odnosa i pravila koja bi ih regulisala. To se, kao što ćemo pokazati, posebno odnosi na poslove koje savremeno pravo svrstava u uslužne poslove.¹³ Dovoljan je i samo letimičan pogled na ekonomski ambijent Crne Gore Bogišićevog doba da bi se shvatilo i zašto.

¹² O opštim, posebnim i pojedinačnim uslužnim pravilima detaljnije: Miladinović S., Uslužna pravila (korak ka „kosmopolitskom pravu“ budućnosti), Zbornik radova: Usluge i uslužna pravila, Kragujevac, 2016, str.23-40.

¹³ U Građi u odgovorima iz različitih krajeva Slovenskoga juga, Bogišić između ostalih, postavlja i pitanje: „Ima li u vas cehova, čim se bave, kako su ustrojani i koja su prava i dužnosti članova“, koje, iz očiglednih razloga, nije nađeno za shodno da bude postavljeno sa ostalim putanjima u Pravnim običajima u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji. Anketirani su dali negativan odgovor u dijelu Makarskog primorja i u Dalmaciji, Konavlima, Ljeskovcu i trnovskoj okolini u Bugarskoj, Hercegovini i Katunskoj nahiji, u Crnoj Gori i Žumberku u Hrvatskoj. Da na selima nema, ali u gradovima ima cehova odgovoreno je u Zemunu, Srijemu, Banatu i Bačkoj, Staroj Pazovi, i Dobrici i okolini u Banatu. Da cehova ima i da postoje jasna pravila odgovoreno je u Bosni, u Sarajevu, Strošincima, mjestu u Srijemu i Tatar Pazardžiluku u Bugarskoj. Detaljnije: Bogišić V., Izabrana djela, Građa u odgovorima iz različitih krajeva slovenskoga juga, tom II, str. 458-462.

Naime, u vrijeme kada je Bogišić boravio u Crnoj Gori radi priprema za izradu teksta OIZ-a, Crna Gora je bila ekonomski nerazvijena. Tržište skoro da nije postojalo, što evidentna dominacija razmjene (trampe) potvrđuje.¹⁴ Činjenica je da razmjena ima primarnu ulogu i naglašen značaj „u nerazvijenim i naturalnim provredama“.¹⁵ „Razmjena ili trampa dobara pretpostavlja prvi stupanj prometa, kada još nije postojao novac kao mjerilo vrijednosti“.¹⁶ Postojanje trampe svjedoči o nerazvijenosti tržišta i poslovnog i pravnog prometa, jer njihovo postojanje dovodi do toga da je „razmjena potpuno potisnuta ugovorom o kupovini i prodaji“... Slijedi da „za redovan i normalan privredni život ugovori o razmjeni predstavljaju nešto izuzetno“.¹⁷

Podaci govore da je trampa, u vrijeme Bogišićevog rada na tekstu OIZ-a, još uvijek bila dominantna u Crnoj Gori. Naravno, treba naglasiti da se trampni naročito pribjegavalo kada su bile u pitanju stvari veće vrijednosti. Cijene stvari (namjerno koristimo termin stvari, a ne robe¹⁸) su se određivale u novcu, „ali ako je i kazano da se cijena mjeri u novcima, tim još nije kazano da se plaća novcima sve što se kupuje, nego pri velikim sumama biva mijenjanje i promjena stvari.“¹⁹ Procjena i izražavanje vrijednosti stvari u novcu bili su najčešće, dakle, u službi zaključenja ugovori o razmjeni.

¹⁴ Romac A., Rječnik rimskog prava, Dominović, 2018., str.440.; Stanojević O., Rimsko pravo, Dosije studio, Beograd, 2008., str. 10-19 i str.303.; Vuković M., Obvezno pravo, knjiga II, Školska knjiga, Zagreb, 1964., str.211-215. Autor koristi termin „zamjena“, kao i da „ovaj ugovor ima naročito prometno značenje dok još novac nije bi poznat kao mjerilo vrijednosti...“; Ilija Babić, Leksikon obligacionog prava, Sl.list SRJ, Beograd, 1997., str. 307-311.

¹⁵ Perović S., Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga II, Savremena administracija, Beograd, 1995., str.1005-1012. Autor ističe: “U praktičnom životu njegova primjena nije sasvim retka u međusobnim odnosima pojedinaca, pa i pravnih lica. Pojačanu primjenu dobija u periodima monetarnih kriza, inflacija i drugih sličnih pojava koje kod stranaka izazivaju nepoverenje u trajniju vrednost novca kao zakonskog sredstva plaćanja.” (str.1006).

¹⁶ Marković L., Obligaciono pravo, Sl. list SRJ, Beograd, 1997., str.499-500.

¹⁷ Isto

¹⁸ Marks K., Kapital, BIGZ, Beograd, 1973., str.66-92, 93-136.

¹⁹ Pupovci S., nav.djelo, str.117.

Iz ankete koju je vodio Bogišić saznajemo detalje o pravnim poslovima koji su se zaključivali u to vrijeme.²⁰ Naime, u Popisu pravnih običaja²¹, vršenom 1873/74. godine, u odsjeku III pod naslovom „Obveze” na pitanje: “Kakvi su ugovori najčešći u Crnoj Gori – da li prodaja i kupovina, najam, zajam, naruč” nalazimo sljedeći, za naše analize veoma važan i ilustrativan, odgovor: “Kako je narod siromašan, tako zaima biva najviše, poslije toga naručie, poslije toga kupovina i prodaja povećih stvari (ako nećemo da broimo pomanje stvari), zatim najam, a zatim druge vrste ugovora.”²² Dakle, i ugovor o najmu²³ se rijetko zaključivao. Najam službe ili radnje, kojem će Bogišić dati značajno mjesto u Opštem imovinskom zakoniku (a koji će biti predmet naše pažnje), rijetko se zaključivao. Surija Pupovci, strastveni istraživač Bogišićevog djela, nakon brojnih analiza, zaključuje da jednostavno „ove vrste ugovora nijesu bile dovoljno razvijene u seljačkom društvu”.²⁴

Iz pomenute Bogišićeve ankete saznajemo i odgovore na pitanja “kakve vrste najma ličnih” je bilo u Crnoj Gori i ko “obično uzimlje u najam, koga i na kakve radnje i dužnost”.²⁵

²⁰ Pupovci S., nav. djelo, str.15-18. Autor daje detaljnu analizu Bogišićevih istraživanjima u oblasti pravne etnologije i naglašava: „Pravna etnologija je nesumnjivo predmetno i metodološki usko povezana s etnologijom, ali i sa pravnom historijom, uporednim pravom, antropologijom i sociologijom. Ona izučava, prije svega, pravne poretke nerazvijenih društava i naroda. Neki smatraju da predmet pravne etnologije obuhvata i istraživanje subkulture i tzv. pravnog folkloru savremenih društava. Sistematska istraživanja i proučavanja u pravnoj etnologiji su naročito bila povezana sa procvatom istorije prava i uporednog prava u drugoj polovini XIX vijeka.“

²¹ Detaljno: Pupovci S., nav. djelo, str.103-144.

²² Bogišić V., Izabrana djela, Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji, tom III, CID, Podgorica, Sl. list SCG, Beograd, 2004., str.185. (Odsjek III – Obveze, pitanje br.17.). Bogišić V., Izabrana djela, Građa u odgovorima iz različitih krajeva slovenskoga juga, tom II, CID, Podgorica, Sl. list SCG, Beograd, 2004., str.437-438. U Anketi nalazimo i sljedeće: ”Po selima, kad čovjek gradi kuću, pojatu, guvno, avliju, obor i t.d. rijetko ili nikad ne zove nadničarâ na platu osim samo majstora, nego kutnja čeljad to radi kao n.p. nanose kamen i pržinu, miješaju klak, donose vodu i prinose majstorima sve, što im treba za građu...”

²³ *Location conduction rei* i *locatio conductio operis* Rimskog prava

²⁴ Pupovci S., nav.djelo, str.134.

²⁵ Bogišić V., Izabrana djela, Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji, tom III, Odsjek III – Obveze, pitanje br.27, str.188.

Anketirani subjekti su objasnili da “ima najamnika koi se isključivo jednom čovjeku naimljuju na određeno vrijeme, a ima drugih koi služe svakoga kad mu uprav zatreba. U prvu vrstu spadaju čobani, sluge i radnici na dulje vrijeme; u drugu pop, kovač i ljekar, a u prijašnja vremena i babe vračalice, težaci na nadnice i maistori kadgod i terziju. Uzimje ih kome treba, a daje se u najam onai koemu je znat ili kome treba”.²⁶ Saznajemo iz Ankete da se “sluge, čobani momci, uzimaju... na godinu, a kad se svrši godina plaća mu se po razlogu mjesecah. Sve ostale radnje idu na dan, osobito težačke idu na dan, zato se i zovu nadničari.”²⁷ Na pitanje “koja je razlika između najma specijalista s nekim obrazovanjem od najma ljudi prostih”²⁸ iz Ankete saznajemo da “bitne razlike nema, nego samo što se obrazovani bolje pričeke i bolje plati, a druge gosti ne bolje nego domaće”.²⁹ Na pitanje “kakve radnje pripadaju k prvomu razredu, a kakve k drugomu,” Bogišić je dobio odgovor da “ljekar i popo pripadaju prvom razredu, a svi ostali drugomu.”³⁰

Anketa sadrži i veoma interesantne podatke o plaćanju ovim licima. „Popu se daje bir svake godine 12 okah žita od kuće, a o krsnome imenu po dvije proskure i ½ konate vina, o godišnjim zadušnicama po jednu proskaru, za vjenčanje talir i gozba, za krštenje samo gozba, za ukop starješine kućnoga po 3 talira (zašto mu čita evanđelije i 7 liturđija), za čeljade kućno talir, a za malo dijete 4 cvancika... Liečniku se plaća putnina

²⁶ Isto

²⁷ Isto, str.190. Iz ankete saznajemo i to da se nadničarima ni majstorima nije davala kapara, „nego se da nešto unaprijed i na to mu se odbie svrhu radnje.“

²⁸ Isto, (Odsjek III – Obveze, pitanje br.28.).

²⁹ Bogišić V., Izabrana djela, Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji...str.188. Na pitanje da li se u najam češće uzimaju Crnogorci ili inovjerci, odgovor je da su “učeni ljekari stranci, ljekari ranari Crnogorci, goge su i maranguni većinom stranci, u novije vrijeme ima i Crnogoraca, kovači su Čigani crnogorski. To je bilo zato što je od prijed osim oružja Crnogorac prezirao svaki zanat i radnju, a zemlju je radio samo za nevolju, pa su i to žene radile više nego muški.”

³⁰ Isto, str.189. Iz Ankete znamo da je često praktikovan česam, koji je postojao kada bi neko najmio „trud ili sposobnost toga i ovoga čovjeka, te se pogodi s njime učinit takvu radnju za koju on njemu ima platiti oprijedeljenu svotu novca.” Na česam se najčešće „davaju građenje kuće, podrviti kuću, sagraditi među, iskopati bistijernu, kakogod rastrapiti zemlju itd.”

po i cekin i kolike god neđelje kod ranjenika stoi, svake neđelje po jedan cekin i ranu suviše. Plata obično biva 1000 fiorina godišnje. Kovaču se dae, kuća koja je bez konja u Katunskoj nahii po ½ bagaša žita, grudu sira i mnoge kuće po breme krtole; suviše kad mu radi rani ga; koja kuća konja ima za svakoga konja po jedan bagaš žita na konja. U drugim nahijama koliko je god radnika u kući te rade s motikom, na svaku mu motiku daju po bagašić žita i isto ga rane kadim radi.”³¹

No, interesantno je da upravo u ovo vrijeme dolazi do naglog i ubrzanog razvoja ekonomije i robno-novčanih odnosa. U prilog rečenom ide i podatak da je već 1888. godine, u govoru održanom povodom proglašenja OIZ-a, Knjaz Nikola istakao: „Hoće se pravda u suštini ista, ali pod drugim oblicima, jer su se i oblici našega društvenog i ekonomskog sustava izmijenili. Sa mirnim godinama postao je u nas življi rad i jača proizvodnja u svim granama narodne privrede, a sa umnoženim i lakšim saobraćajnim sredstvima postao je i življi promet dobara i jača razmjena proizvoda u zemlji. Jedno s drugim doprinijelo je da je i imovina naših ljudi u življem pokretu, a u tom pokretu i oblici joj se življe mijenjaju. Imovinski odnošaji naših ljudi izišli su iz prvobitnih svojih oblika i postaju svakim danom sve raznovrsniji i zapleteniji.”³²

Polazeći od običajnih pravila, podataka dobijenih anketiranjem, a slijedeći sistematizaciju Rimskog obligacionog prava³³, Bogišić je formulisao pravila za ugovor o najmu³⁴, s tim da razdio VIII OIZ-a sadrži norme koje regulišu najam

³¹ Isto. Pupovci S., nav.djelo, str.16. i dalje

³² Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru, CID, Podgorica, 2004. - Govor Knjaza Nikole povodom proglašenja OIZ, 26 april/ 8 maj 1888., str.343.; Bogišić, V., Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru i izabrana djela (priredila i predgovor napisala Danilović J.), Podgorica, Beograd, 1998., str. 43. Navedene su i sljedeće riječi Knjaza Nikole: “Vlada Naša preduze prilične mjere da umnoži proizvodnju Zemlje u svijem glavnijim izvorima njenim; pošto se postara da se provedu putevi, i urede drugi načini kojima se olakšava saobraćaj imeđu pojedinih krajeva države, i sa inostranim svijetom...”

³³ Stanojević O., Rimsko pravo, Dosije studio, Beograd, 2008., str.296-299.

³⁴ Čl.877. OIZ

službe ili radnje kod kog se „jedan ugovornik podvezuje da će vršiti na račun drugoga pogođenu radnju ili službu, a drugi, da će mu tu radnju platiti ili inače nadoknaditi.“³⁵ Ugovor je o radnji odsjekom (ili na ucjen) takođe najam radnje, ali je ovdje već pogodbom odsječena ukupna plata za svu određenu radnju ili njen proizvod, kao za kakvu jedinicu ili cjelinu, ma koliko radnik ili preduzetnik u nju vremena ili troška uložio.“³⁶

Bogišić je precizirao da „svaka služba ili radnja, pa i ona koja se obično vremenom mjeri, treba da se plati ili inače nadoknadi“,³⁷ a „ako ugovornici sami ne odrede cijenu, trud se ili služba naknađuje po običaju ili po zakonskoj taksu; ako li od svega toga ništa nema, tad odlučuje sud prema prilikama.“³⁸ Preciziran je i način plaćanja naknade: „obično radnja i služba ne plaća naprijed, nego tek kad se izvrši; ako li traje duže vremena, tada se plaća pošto svaki put isteče vrijeme kojim se radnja ili služba mjeri i ocjenjuje (na pr. toliko na nedjelju, na mjesec, na godinu i t.d.). Ali opet, ako je ugovorom ili običajem što drugo utvrđeno, tad se treba po tome i vladati.“³⁹ Jasno je, dakle, da je ugovor o najmu službe ili radnje komutativan, dvostranoobavezan i teretan ugovor. Stranke su, naravno,

³⁵ Čl.879. OIZ. O *locatio-conductio* rimskog prava i savremenim ugovorima o „zakupu stvari, o najmu radne snage i o delu“ detaljnije: Stanojević O., nav.djelo, str.296-297.

³⁶ Čl.880. OIZ

³⁷ Čl.329. OIZ. U stavu 2. istog člana stoji da su izuzetak samo one radnje „za koje prilike jasno pokazuju da se nevrše za naknadu“, a koje su navedene u čl.347: „Kad se s dogovorom bratstva i t.d. radnjom pomaže kakvoj udovici, siroti, pogorelcu ili drugome potrebniku, pa bila ta radnja u svetačni ili radni dan, onaj kome se radi nije dužan da radnike ni hrani, ni plaća, ni da im odrađuje.“

³⁸ Čl.330. OIZ. O naknadi (cijeni) kod ugovora o pružanju usluga, detaljnije: Mićović M., Cena kao element ugovora o uslugama, Zbornik: Uslužni poslovi, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2014., str.69-80.

³⁹ Čl.331. OIZ. U čl.332. OIZ je precizirano i to da „kad je služba na duže vremena, a najamnik stanuje kao kućna sluga u gospodara ili najmioca, uzimlje se da mu je ovaj dužan davati, osim plate, još i hranu; odjeću pak i obuću, samo ako je tako pogođeno ili običajem utvrđeno“. U čl. 340. OIZ stoji: „Ako bi kiša ili druga kakva zapreka, kojoj nije kriva ni jedna ni druga strana, omela nadničarevu radnju za više nego četvrti dio radnog vremena dnevnog, gospodar mu može, ako nije drugo urečeno, odbiti od plate prema dangubi; ali hranu, ako je pogođena ili nije u običaju, treba da nadničaru isto tako daje, kao da nikakve dangube bilo nije.“

mogle ugovorom drugačije predvideti tj. da se naknada neće plaćati.

Saugovarači (najmljenik i najmilac) su bili dužni da postupaju savjesno i pošteno ili rečeno riječima tvorca OIZ-a, najmilac je bio dužan da postupa „savjesno i uredno”, a najmljenik je trebao da se „postara ukrijepiti u najmljeniku opšta pravila ponašanja i blagonaravlja”. Zakonik precizira da je „najmljenik ili radnik dužan vršiti radnju koja je pogođena, ili koju donosi običaj i način Kuće gdje služi, onako kako bi je vršio svaki savjestan i uredan radnik. On je odgovoran za štetu koju, pri tome, prouzrokuje nemarom ili zlom namjerom.”⁴⁰ Sa druge strane, „najmilac nije vlastan nagoniti radnika ili najmljenika da radi što je zakonu protivno, ili što je stidno, kao ni ono što bi prelazilo njegovu moć i snagu. Najmilac treba, u koliko može, da se postara ukrijepiti u najmljeniku opšta pravila ponašanja i blagonaravlja.”⁴¹

Osim ispunjenjem i protekom vremena, OIZ predviđa da ugovor može prestati „i prije neg isteče urečeno vrijeme, gospodar može otpustiti najmljenika radi neposluha, nesavjesna vršenja dužnosti, usljed nevjernosti i drugih zamašnjih poroka. Najmljenik je takođe vlastan službu ostaviti, ako gospodar ili Kuća ne vrši prema njemu svoje dužnosti po ugovoru ili po običaju. Ipak, strana koja želi prekinuti ugovor, treba da drugoj otkaz daje. Ako se najmovina godišnje plaća, najam prestaje petnaest dana poslije otkaza; ako li se mjeri kraćim rokom, tad samo pet dana pošto se otkáže.”⁴² Naglašeno je da ukoliko ugovorom nije određeno koliko će najam trajati „tad jedna strana može drugoj da otkáže, kad joj se god svidi. O rokovima otkaza pak red se je, i

⁴⁰ Čl.333. OIZ

⁴¹ Čl.334. OIZ. U članu 335. OIZ stoji: „Ako se najmljenik, koji u kući gospodarevoj živi, na domaćem poslu razboli, a bez svoje krivice, najmilac ga samo s toga otpustiti ne može, nego je red da ga pazi i liječi kao i drugo domaće čeljade. Ako bolest potraje preko mjesec dana, a strane ne uglave kako će unaprijed biti, sud će narediti prema prilikama.“

⁴² Čl.336. OIZ

u takome slučaju, vladati po prethodnoga članka.⁴³ Zakonik daje mogućnost i da se ugovor i „muče produži” tj. da „najmljenik ostane u službi i pošto mu je istekao rok, a gospodar se tome ne protivi”.⁴⁴ Tada se „služba se nastavlja pod pređašnjim uvjetima. Ako li su uvjeti bili različni u različna vremena, vrijedeće najposljednji”, s tim da „najam koji se na taj način produži, biva kao da je uglađen na neodređeno vrijeme.”⁴⁵

OIZ, tj. razdio X koji nosi naslov „O najmu radnje odsjekom”⁴⁶ reguliše „najam radnje, ali je ovdje već pogodbom odsječena ukupna plata za svu određenu radnju ili njen proizvod, kao za kakvu jedinicu ili cjelinu, ma koliko radnik ili preduzetnik u nju vremena ili troška uložio.”⁴⁷ ili preciznije: ko se pothvati da će neki posao ili radnju odsjekom izvršiti, tim se samim obavezuje: da će radnja biti dobra, i onako kako je pogođeno ili se samo sobom razumije, i da će ju gotovu predati najdalje do roka koji je ugovorom, ili samom vrstom radnje, ili drugom prilikom određen.”⁴⁸ Opšti imovinski zakonik sadrži precizna pravila kojima je regulisana ova vrsta ugovora. Mi ćemo ukratko ukazati samo na ona rješenja koja su od posebnog značaja za temu našeg rada.

Preduzetnik je dužan da se „pri vršenju posla, brine o najboljem uspjehu radnje i o svakoj naručiteljevoj koristi, kako bi to svaki uredan domaćin u svome poslu činio.”⁴⁹

Ukoliko je ugovor zaključen s obzirom na lična svojstva ugovornika, Opšti imovinski zakonik predviđa da „tad on sam treba da i izvrši radnju, ili prema vrsti radnje, da ju lično

⁴³ Čl.337. OIZ

⁴⁴ Čl.338. OIZ

⁴⁵ Isto. Interesantno je da u čl.339. stoji da nadničare i druge radnike koji se uzimlju na kraće vrijeme, najmilac može otpustiti, a i oni sami mogu otići, pošto svrše i samo jednu nadnicu. Ni jedna ni druga strana, ako ugovor inače ne određuje, nije dužna kazati uzroka tome, ni dati kakve naknade u to ime.“

⁴⁶ Čl.348-366. OIZ

⁴⁷ Čl.880. OIZ

⁴⁸ Čl. 348. OIZ

⁴⁹ Čl. 352. OIZ. U istom članu precizirano je da „osobito građu koju naručitelj za radnju daje, preduzetnik treba da čuva od kvara i propadanja, te da ju štedi što god više može, a što preostane, da savjesno naručitelju povрати.“

nadgleda i njenim vršenjem upravlja.⁵⁰ Ako se pak „na ličnu vještinu gledalo nije, preduzetnik je slobodan povjeriti izvršenje kome ga je volja, ali opet on sam odgovara, za svaku štetu i nedostatak.”⁵¹

Zakonik je predviđao da se, ukoliko drugačije nije ugovoreno, radnja „plaća tek pošto se svrši i to ujedno sa predajom dovršene stvari; ako li se ona na komade ili na djelove predaje, tad, bude li dvoumljenja o načinu plaćanja, svaki se dio namiruje onaj čas kad koji naručiocu predaje.”⁵² Takođe „cijenu radnje koja je u naprijed pogođena, ne može ni naručitelj sniziti, ni preduzetnik povisiti, radi toga što je cijena robi ili radnji u trgovini pala ili skočila.”⁵³ Međutim, ukoliko cijena nije unaprijed određena „ili je to određenje bilo samo od prilike, tad će sud narediti, ako se same strane ne pogode, da se radnja procijeni.”⁵⁴ Interesantno je da je Zakonik precizirao i to da ukoliko stvar bude imala nedostatke koji bi se mogli otkloniti „naručitelj je vlastan iskati da ih preduzetnik ukloni.”⁵⁵ Ukoliko to ovaj ne učini, naručilac može „ili odbiti od cijene koliko se nađe da je pravo, ili dati da se stvar na preduzetnikov trošak opravi”,⁵⁶ a ako se nedostaci ne budu mogli ukloniti „a stvar, takva kakva je, niti odgovara odredbama ugovora, niti može služiti poslu kome je

⁵⁰ Čl. 351. st.1. OIZ. Čl.356. predviđa da kada „preduzetnik umre, ili tijelom, ili umom ili inače u takvo stanje zapane, da mu nije više moguće dovršiti pogođenu radnju, tim u opšte prestaje ugovor radnje odsjekom.“ Ali ako ugovor nije zaključen s obzirom na lična svojstva i vještinu „kućani ili nasljednici njegovi mogu na sebe uzeti dovršetak preduzetog posla...” Navedena lica tada stupaju u prava i obaveze predviđene ugvoorum.

⁵¹ Čl. 351. st.2. OIZ. Navedene odredbe važe ukoliko nije drugačije ugovoreno (stav 3.).

⁵² Čl. 358. OIZ.

⁵³ Čl. 359. OIZ. U st. 2. istog člana predviđeno je da „tek kad bi podulje ratno vrijeme, koje se nije lako predvidjeti moglo donijelo kakvih izvanrednih povišica u cijeni ili stvari ili kakvih osobitih teškoća u vršenju preduzeća, tada sud, prema prilikama, može određenu cijenu umjereno i povisiti.“

⁵⁴ Čl.360. st.1. OIZ

⁵⁵Čl. 361. st.2. OIZ

⁵⁶Čl. 361. st.2. OIZ

namijenjena, tad naručitelj može da je nikako i ne primi, nego da sasvim od ugovora odstupi.”⁵⁷

Iz ugla teme koju obrađujemo, može se reći da su navedene odredbe Opšteg imovinskog prava prve zakonske odredbe kojima je u crnogorskom pravu bio uređen, rečeno savremenom terminologijom, promet usluga. Ipak, interesantno je da Opšti imovinski zakonik nije i jedini pravni akt koji je uređivao ovu tematiku.

Naime, samo četiri godine po donošenju Opšteg imovinskog zakonika donijet je Pravilnik koji se u crnogorskom zakonodavstvu može okarakterisati kao preteča savremenih uslužnih pravila. Naime, Pravilnik po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika od 15/27. decembra 1892. godine⁵⁸ detaljno je regulisao jednu vrstu usluga, a to su usluge prevoza putnika. Ovim Pravilnikom po prvi put se u crnogorskom pravu, detaljno, jasno i precizno, regulišu usluge prevoza putnika karocama tj. kolima koje vuku konji. I ne samo to. Pravilnik je, uz navedena, sadržio i niz pravila koja bi se danas svrstala u pravila o zaštiti potrošača usluga. Pravilnik po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika sadrži norme koje se odnose na davanja usluga prevoza, uslove koje davaoci usluga treba da ispunjavaju i njegovu odgovornost, uslove prevoza, kvalitet usluge, cijenu, vrijeme trajanja usluge, prava i zaštitu putnika kao korisnika usluga. Ova su pravila, istini za volju, arhaična i iz današnjeg ugla gledano krajnje jednostavna, ali to im ne oduzima značaj i ulogu preteče savremenih uslužnih pravila u našem pravu.

Na samom početku Pravilnik je precizirao da kola za „vozidbu putnika” “imaju biti jaka, čista potpuno uredna i potpuno udešena za poslugu, kojoj su namijenjena. Hamovi, vuzde i cijela ostala sprema ima biti vazda u dobrom stanju.

⁵⁷Čl. 362. st.1. OIZ. U čl. 364. stoji da: „Ovo pravilo neće biti primijenjeno ukoliko preduzetnik „nedostacima nije kriv, nego sam naručilac.”

⁵⁸Crnogorski zakonici 1796-1916., Pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore, Knjiga II, Istorijski institut Republike Crne Gore, Podgorica, 1998., str.324-327.

Konji od uprezanja moraju biti dobro hranjeni, i čisto držani; mršavi i po koži odrti (ranjavi), ne smiju se uprezati. Kočijaši treba da budu izvježbani kočijašiti; a s putnicima vazda uljudni i predusretljivi.⁵⁹ Ove odredbe su se morale poštovati od strane lica koja su se bavila prevozom putnika. Pravilnik je predviđao i to da “vlasnici kola ne smiju nikome odreći svoja kola bez osnovanog razloga”⁶⁰, a osnovanim razlozima smatrali su se jedino „rđavo stanje kola, slabost konja ili kočijaša”⁶¹.

Pravilnik je sadržao jasna i precizna pravila o načinu na koji su kočijaši trebali i morali da upravljaju karocama⁶², kao i striktna pravila o ponašanju kočijaša kako prema putnicima tako i trećim licima.⁶³ Naravno, Pravilnik je sadržao i izričite sankcije za “sve rđave slučajeve”, propisujući da „za svaki rđavi slučaj ili štetu koju bi svojom nepažnjom učinio, kočijaš će potpanuti pod sud i štete ako imadne platiti. Sve štete ili naknade koje bihu panule na kočijaša, a ovaj ih ne bude u stanju izmiriti padaju na vlasnika kola.”⁶⁴

⁵⁹ Tačka I-IV Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika

⁶⁰ Tačka XIX Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika

⁶¹ Isto

⁶² Interesantno je da su tačkom V Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika bila predviđena i pravila kojih su se morali pridržavati kočijaši prilikom prevoza putnika. Naime, kočijaš se morao „a) držati vazda desnu stranu puta tj. stranu koja mu dolazi s desne ruke, kako će kola koja dolaze suprot njega proći s njegove lijeve; b) Kad dvoje ili više kola idu jedna iza drugijeh, pa bi htjeli koja proći naprijed tj. suminuti ona te su pred njima treba da dozove kočijaša kojega misli suminuti, ako onaj ne drži svoju desnu kao što bi morao da mu put oslobodi; prvi mora odma uzeti svoj red tj. svoju desnu, pa tek onda da zadnji prođe s lijeve strane. v) Kad kočijaš hoće da ustavi kola, ili da sukрати korak svojijeh konja, prethodno treba da učini znak kočijašu, koji čera za njim, kako bi i on to isto učinio. g) Na zavojcima puta, kočijaš mora lagano ići; tako isto kad ga stijena ili strana smeta, videti pred sobom dalje od 20 metara, treba da vikne kako ga može čuti i onaj kočijaš, ili čiradžija, koji mu s protivne strane dolazi. d) Noću, kočijaš mora imati fenjere zapaljene, barem jedan a kroz varoš obadva. I noću i danju kočijaš kroz varoš treba da ide s umjerenim kasom a nipošto s brzim”.

⁶³ Tačka VIII Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika: „Kočijaši su dužni svuda po putevima ili u varošima vikati, i narod opominjati, da se čuva i da s puta uklanja živo...”

⁶⁴ Tačka VII-VIII Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika: “VII Za sve rđave slučajeve koji bi se dogodili, bilo kad se dvoje kola idući jedna suprot drugijeh sudare, bilo kad jedna stanu, a druga idući za

Pravilnik je veoma detaljno i precizno uređivao pitanje plaćanja naknade za usluge prevoza karocama. Cijene prevoza su bile odviđene Pravilnikom, a obaveza vlasnika kola bila je da ih istakne na vidno mjesto, ili rečeno jezikom Pravilnika – obaveza vlasnika kola bila je da obezbijedi da kola imaju „štampanu tarifu, koja će biti izložena putnicima da je gledaju.”⁶⁵ Ovim aktom su bile određene relacije na kojima su prevoženi putnici (Cetinje-Rijeka, Rijeka-Podgorica, Podgorica-Danilovgrad, Danilovgrad-Nikšić, Vir-Bar, Cetinje-Kotor), kao i tarife za navedene relacije, koje su se razlikovale u zavisnosti od toga da li je prevoz bio u jednom pravcu ili je organizovan i povratak putnika i da li su prilikom prevoza korišćena “dvomjesna”⁶⁶ ili za “četvoromjesna kola.”⁶⁷

Pravilnik je predviđao i to da “vlasnik kola ne smije višu kiriju uzimati no što je u ovoj tarifi označena; a za nižu cijenu slobodan je dati kome hoće i koliko hoće, t.j. kako se s kim pogodi.”⁶⁸ Bio je predviđen i način određivanja cijene prevoza od strane vlasnika kola u slučaju kada se putnik tokom putovanja odluči da isto izmijeni ili produži: “Kad bi putnik zbog neke potrebe želio produžiti put, mimo jedno mjesto za koje je označena tarifa ima suviše platiti do mjesta đe ide 25 nov. za jedan kilometer za kalešin, a 35 nov. za veliku karocu;

njima na njih nasrnu, kočijaš koji bude prenebregao ove naredbe, potpasti će kazni i naknadama koji bi sud izrekao.”

⁶⁵ Tačka XVI Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika

⁶⁶ Tačka X Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika - Tarifa za dvomjesna kola: “Od Cetinja do Rijeke ili obratno 4, a za poći i vratiti se 6; od Rijeke do Podgorice ili obratno 4, a za poći i vratiti se 6; od Podgorice do Danilovgrada ili obratno 3, a za poći i vratiti se 5; od Danilova grada do Nikšića ili obratno 6, a za poći i vratiti se 8; od Vira do Bara – Pristana ili obratno 9, a za poći i vratiti se 15; od Cetinja do Kotora ili obratno 10, a za poći i vratiti se 16.”

⁶⁷ Tačka X Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika - Tarifa za četvoromjesna kola: od Cetinja do Rijeke ili obratno 5, a za poći i vratiti se 7; od Rijeke do Podgorice ili obratno 5, a za poći i vratiti se 7; od Podgorice do Danilovgrada ili obratno 4, a za poći i vratiti se 6; od Danilova grada do Nikšića ili obratno 7, a za poći i vratiti se 10; od Vira do Bara – Pristana ili obratno 11, a za poći i vratiti se 17; od Cetinja do Kotora ili obratno 12, a za poći i vratiti se 18.

⁶⁸ Tačka XI Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika

ova tarifa na kilometer služi i za one koji uzimaju karoce za šetnje.”⁶⁹

Pravilnik je bio iznenađujuće detaljan. O tome svjedoče brojne odredbe koje se odnose ne samo na način prevoza putnika, već i na broj putnika koji se se mogao prevoziti i količini robe koju su putnici mogli nositi sa sobom. Tako, kada „samo jedan putnik zatraži kola da se odveze do izvjesnog mjesta pa mu kočijaš dočera mjesto dvomjesnih četvoromjesna kola” kočijaš putniku nije smio naplatiti „višu cijenu no za dvomjesna kola”.⁷⁰ Ista odredba se primjenjivala i ako bi samo dva putnika tražila prevoz, a vlasnik bi im poslao kola za četiri putnika.⁷¹ Bilo je izričito predviđeno i to da: “kako u dvomjesnim ili tromjesnim kolima može četvrti drug kod kočijaša sjediti, kao i u četvoromjesnim peti također kod kočijaša, kočijaš ne smije to mjesto ni s kim popuniti bez dozvoljenja onih koji su kola uzeli; tako isto ne mogu ni putnici primiti i na ta mjesta nikoga bez kočijaševa dozvoljenja.” Međutim, drugačije je bilo propisano u slučaju da je postojalo slobodno mjesto u dvomjesnim i četvoromjesnim kolima. Naime, “četvoromjesna kola kad uzmu trojica mogu i četvrtoga primiti kod sebe bez da zato kočijaša pitaju, ili mu kakve naknade daju; tako isto i u dvomjesnim, kad jedan putuje može i drugoga uzeti, ili dvojica trećeg. Ovakva mjesta kočijaš nema prava popunjati, osim ako mu to dozvole putnici koji su već kola uzeli.”⁷²

Pravilnik je precizirao i to da “kako u dvomjesnim, tako i u četvoromjesnim kolima putnici mogu uzeti onoliko robe koliko mogu kola bez rizika podnijeti.”⁷³ “Razumije se u

⁶⁹ Tačka XV Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoce) pri vozidbi putnika

⁷⁰ Tačka XII Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoce) pri vozidbi putnika

⁷¹ Isto

⁷² Isto

⁷³ Tačka XIII Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoce) pri vozidbi putnika

svakom slučaju, da stvari koje putnik nosi ne smiju biti takve da mogu pošteti ili obrljati kola.”⁷⁴

Pravilnik je detaljno uređivao i pitanje vremena ispunjenja obaveze prevoza putnika karocama. Pravilnik je predviđao mogućnost ugovaranja prevoza putnika samo u jednom pravcu, ali i mogućnost da putnik „uzme kola za poč i povratak.”⁷⁵ Tada ga je kočijaš bio dužan „bez ikakva suviška tarife izčekati za povratak: u Kotor 6 ura, na Rijeku 3 ure, za Podgoricu 3 ure, na Danilov-grad 6 ura, u Nikšić dan ili noć.”⁷⁶ Ipak, ova norma bila je dispozitivne prirode, i važila je samo ukoliko se stranke nisu drugačije dogovorile. Pravilnik je predviđao da “kad bi kočijaš moga krenuti i poslje manjeg počivanja zato neka se zdogovori s putnikom, pa ako su obojica dogovorni mogu krenuti kad im se svidi...”⁷⁷ Ipak, putnik nije mogao “primorati kočijaša da ga zaduže vrijeme čeka no što je propisano, i za svako duže čekanje moraju se prethodno pogoditi...”⁷⁸ Sa druge strane, kočijaš je mogao “zatražiti da docnije krene ako mu se kola poštete, ali to samo dok ista popravi, ili kad mu se konji pološe i bude primoran potražiti da ih s drugima zamijeni.”⁷⁹

Pravilnik je štutio putnike normom da će “za sve rđave slučajeve koji bi se dogodili, bilo kad se kola slome, ili koja druga čast od sprege prekine”, odgovarati vlasnik kola i “potpasti kako kazni tako i naknadama, koje bi sud izrekao u korist oštećenih putnika.”⁸⁰ Putnike je štutila i odredba da “svima upravama varoškim spada u dužnost da saslušavaju

⁷⁴ Isto

⁷⁵ Tačka XIV Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika

⁷⁶ Isto

⁷⁷ Isto

⁷⁸ Isto

⁷⁹ Isto. Primjedba uz tačku X Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika predviđala je da “za tarifu za poč i vratiti se treba putnik da u naprijed kaže da uzima kola na taj razlog, i da sa kočijašem ili vlasnikom kola utvrdi koliko kola moraju čekati, ako mu označeno vrijeme u ovom pravilu (tač. XIV) ne bi ugodno bilo”.

⁸⁰ Tačka VI Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika

žalbe, koje im biše putnici podnosili, bilo protivu vlasnika kola, bilo protivu njegovih kočijaša i da ih prema njnim krivicama kažnjavaju, i zadovoljštine putnicima daju. Tako isto i žalbe vlasnika kola ili kočijaša, bilo da im tarifu odma u gotovom novcu naplaćuju, bilo zbog čega drugog.”⁸¹

Naglasimo da je početkom 1912. godine u Crnoj Gori uslojen i Pravilnik za vožnju diližansom na liniji Bar-Ulcinj.⁸² Ova Pravilnik je propisivao broj mjesta u diližansi, način i mjesto kupovine karata, ko se nije mogao prevoziti diližansom, koliko prtljaga se moglo nositi, način mjerenja i smještanja prtljaga, kao i red vožnje, šta se dešava kada putnik zakasni, kako su se morali putnici ponašati tokom vožnje i slično.

Na primjeru Crne Gore vidimo kako i u kolikoj mjeri i obimu razvoj usluga i uslužnih pravila direktno zavisi od razvoja tržišta i tržišnih odnosa. Uslužna pravila javljaju se samo ukoliko postoje uslovi za razvoj tržišta određenih usluga.

No, nakon pojave i navedenih, brzih i značajnih rezultata u razvoju pozitivnog prava, a unutar njega i navedenih „uslužnih pravila”, u crnogorskom zakonodavstvu ponovo dolazi do zastoja. Ukratko, Prvi, a zatim i Drugi svjetski rat usporavaju ne samo razvoj uslužnih poslova već usporavaju ili potpuno zaustavljaju zakonodavne aktivnosti, pa i one i materiji usluga. Nakon Drugog svjetskog rata Zakonom o nevažnosti pravnih propisa stavljaju se van snage gore navedeni propisi i postepeno uvode novi. Tek donošenjem Zakona o obligacionim odnosima biva regulisan ugovor o djelu, koji se i danas „kod nas, u teoriji i zakonodavstvu, uzima kao pravni okvir za definisanje obaveza pružaoca usluga. U teoriji se ističe da je predmet ugovora obavljanje određenog posla, kao što je izrada ili opravka neke stvari ili pružanje neke druge

⁸¹ Tačka XVII Pravilnika po kome se imaju upravljati vlasnici kola (karoca) pri vozidbi putnika

⁸² Crnogorski zakonici 1796-1916., Pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore, Knjiga V, Istorijski institut Republike Crne Gore, Podgorica, 1998., str.281-285.

usluge, te da se izraz „obavljanje određenog posla” može poistovjetiti sa izrazom „pružanje usluge”.⁸³

No, empirija pokazuje, a teorija potvrđuje, da se na ovaj način ne može u potpunosti i kvalitetno riješiti problem pravnog uređenja sve većeg broja usluga.⁸⁴ Ubrzani razvoj u sektoru usluga, sve brojnije i raznovrsnije usluge, diktiraju izmjene u pristupu njihovom pravnom regulisanju. Naime, sloboda pružanja usluga, kao jedna od četiri slobode na kojima se temelji evropski ekonomski prostor, dala je snažan impuls donošenju brojnih (opštih, posebnih i pojedinačnih) normi kako na jedinstvenom evropskom ekonomskom prostoru tako i na nivou nacionalnih zakonodavstava. U EU je ugovor o uslugama poseban ugovor kojim jedna strana, davalac usluga, preuzima obavezu pružanja usluge drugoj strani, primaocu usluga (klijentu), a ovaj se obavezuje da mu za to plati adekvatnu naknadu, tj. cijenu, a uz odgovarajuća prilagođavanja i bez naknade.⁸⁵ Na ovaj način, ugovor o uslugama stekao je status imenovanog ugovora.⁸⁶

Ovi procesi uticali su i na naše zakonodavstvo. Jedna od obaveza budućih članica EU je i liberalizacija tržišta usluga i to kako u pogledu slobode osnivanja, tako i slobode pružanja usluga na teritoriji Crne Gore, koje pružaju davaoci usluga kojima je država osnivanja država evropskog ekonomskog prostora, bez obaveze osnivanja u Crnoj Gori. Crna Gora je imala obavezu da ispuni uslove za punu primjenu Direktive 2006/123/EZ Evropskog Parlamenta i Savjeta od 12.

⁸³ Detaljnije: Mićović M., Obaveze pružaoca usluga i posledice povrede ugovora o uslugama, Zbornik: Usluge i odgovornost, Kragujevac, 2017., str.23-39.; Marković L., Obligaciono pravo, Beograd, 1997, str. 635; Tot I., Šta je to ugovor o uslugama (u hrvatskom pravu), Zbornik: „Pravo i usluge“, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, 2012, str.53-64.

⁸⁴ Mićović M., Prilozi za uslužno pravo, Zbornik: Usluge i zaštita korisnika, Kragujevac, 2015, str.3-26.

⁸⁵ DCFR - IV. C. – 1:101: Domen primjene. Detaljnije: Miladinović S., Ugovor o pružanju usluga u odredbama Zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo (Draft - Common Frame of Reference for a European Private Law – DCFR), str.42-43.; Mićović M., Obaveze pružaoca usluga i posledice povrede ugovora o uslugama, str.23-25.

⁸⁶ Isto

decembra 2006. godine o uslugama na unutrašnjem tržištu do dana pristupanja Evropskoj Uniji.⁸⁷ Da bi se u što kraćem roku približili savremenim trendovima u materiji pravnog regulisanja uslužnih poslova u Crnoj Gori je donijet i Akcioni plan za preuzimanje Direktive o uslugama, a zatim je donijela Zakon o uslugama, koji je sadržinski indentičan sa Direktivom o uslugama i koji će primjenjivati od momenta pristupanja Crne Gore EU.⁸⁸

Sve navedeno jesu važni koraci i etape na planu sveobuhvatnog regulisana uslužnih poslova u Crnoj Gori, ali imponuje činjenica da je Crna Gora još u XIX vijeku imala akte koji su dijelom uređivali ovu materiju i to na autentičan i po mnogo čemu osoben način.

Summary

In this paper, we will present the rules on services in the light of Montenegrin law, in particular, through the history of Montenegrin law, as a distinctive and, in many ways, a unique, legal milieu. We will present a retrospective of development of rules on services, from their beginnings to contemporary positive legal solutions created under the influence of the process of harmonization and unification. We will present the rules on services in Montenegrin legislation as they used to be.

⁸⁷ Akcioni plan za transponovanje Direktive o uslugama na unutrašnjem tržištu, Vlada Crne Gore, maj 2015. Podaci pokazuju da su u periodu 2000-2013. uslužne djelatnosti (uključujući i javne usluge) učestvovala u BDP-u sa 63%, a strukturi bruto dodate vrijednosti, uslužni sektor (sa građevinarstvom) povećao je svoje učešće sa 68,4% na čak 76,4%.

⁸⁸ Službeni list Crne Gore, br. 71/17 od 31.10.2017.

Prof. dr Miloš VUKČEVIĆ ¹

PRAVO EVROPSKE UNIJE U PRAKSI CRNOGORSKIH SUDOVA

Upravo je sada trenutak da crnogorski sudovi prihvatanjem načela usklađenog tumačenja (tumačenja domaćih propisa u skladu sa propisima EU) daju dodatan podstrek i vjetar u leđima evropskim integracijama Crne Gore, posebno uzimajući u obzir poslednje ohrabrujuće najave iz Brisela o otvorenosti EU za prijem zemalja Zapadnog Balkana, prije svega Crne Gore i Srbije do 2025. godine. Pravo Evropske unije proizvodi dejstvo (direktno ili indirektno) pred sudovima država članica EU, međutim autor u ovom radu analizira praksu crnogorskih sudova koji su se u svojim presudama pozivali na propise EU prilikom tumačenja i primjene domaćeg prava. Takođe, autor je stava da su crnogorski sudovi već sada u obavezi da “uzimaju u obzir” pravo EU kada primjenjuju domaće propise, odnosno da prihvate posredno (indirektno) dejstvo prava EU. Iako svjestan da će prihvatanjem ovakvog pravnog stava, stvoriti određene poteškoće za domaće sudove, autor izdvaja pojedine presude kao pozitivne (svijetle) primjere, u kojima su se crnogorski sudovi pozivali na pravo EU kako bi opravdali tumačenje i primjenu domaćeg harmonizovanog prava i dodatno potvrdili svoje stavove date u obrazloženju presude.

Uvodne napomene

Crna Gora je još 2012. godine otvorila pregovore sa Evropskom unijom i za osam godina pregovaranja otvorila je

¹ Advokat i vanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediteran“.

sva pregovaračka poglavlja, dok je uspjela da zatvori svega tri pregovaračka poglavlja (Poglavlje 25 – Nauka i istraživanje, Poglavlje 26 – Obrazovanje i kultura, Poglavlje 30 – Vanjski odnosi). Tokom svih ovih godina pregovaranja, akcenat u pregovaračkoj politici bio je usmjeren ka harmonizaciji, odnosno usklađivanju domaćih propisa sa pravnom tekovinom EU, a što je bila i obaveza Crne Gore preuzeta međunarodnim ugovorom – Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju (SSP), tačnije njegovim članom 78, dok je manje pažnje bilo posvećeno samoj implementaciji, odnosno primjeni usklađenih propisa. Posebno se u pregovaračkom procesu nije aktuelizovalo pitanje primjene prava EU prije članstva od strane crnogorskih sudova, odnosno “uzimanje u obzir” prava EU prilikom tumačenje domaćih propisa koji su nastali kao rezultata procesa harmonizacije sa pravnom tekovinom EU. Autor je mišljenja da crnogorski sudovi treba već sada, u fazi pridruživanja, da „uzimaju u obzir“ pravo EU kada tumače domaće propise, odnosno da se obavežu da tumačenjem domaćeg prava u skladu sa pravom EU postignu isti efekat kakav zahtijeva pravo Evropske unije.² U sličnoj situaciji nalaze se i ostale države kandidati za članstvo (Srbija, Sjeverna Makedonija i Albanija).

U Akcionom planu za pregovaračko poglavlje 23 (Pravosuđe i temelja prava), ne postoji mjera, niti indikator kojim bi se mjerilo u kojoj mjeri se sudovi u Crnoj Gori pozivaju na pravo EU, odnosno u kojoj mjeri “uzimaju u obzir” pravo EU prilikom primjene domaćih propisa. U radu se analizira nekoliko presuda, u kojima su se crnogorski sudovi pozivali na propise EU sa ciljem da opravdaju ispravno tumačenje i primjenu domaćih propisa koji su donjeti u procesu harmonizacije. Pojedini sudovi su se čak i direktno pozivali (primjenjivali) propise EU u obrazloženjima svojih presuda, pa se u radu postavlja pitanje da li je dozvoljena

² Vidi više o tome kod M. Vukčević, *Sudska zaštita u EU*, Pravni fakultet Univerzitet Mediteran, Podgorica 2015, str. 64-68.

direktna primjena propisa EU s obzirom da Crna Gora nije članica EU, pa se na nju ne primjenjuju dva osnovna načela prava EU - direktno djestvo i supermacija prava EU, izgrađeni još 60 godina kroz praksu Suda pravde EU u Luksemburgu.³ Pokušavajući da odgovori na postavljeno pitanje, autor u radu polazi od postojećeg uređenja pravnog sistema u Crnoj Gori, ali i od međunarodnog ugovora (SSP-a) koji je Crna Gora ratifikovala još 2010. godine i koji je shodno članu 9 Ustava Crne Gore obavezuje da mu da primat u odnosu na pravne norme domaćeg prava. Takođe, u radu se ukazuje koji su to razlozi za uvažavanja prava EU od strane sudova prije članstva Crne Gore u EU, kao i da bi sudovi u Crnoj Gori trebalo da budu motivisani da prihvate obavezu usklađenog tumačenja. Konačno, polazeći od toga da je Crna Gora "pridruženi član EU", da već osam godina vodi intezivne pregovore o članstvu i da je otvorila sva pregovaračka poglavlja, autor zaključuje da su i sudovi u Crnoj Gori u obavezi, ne da primjenjuju pravo EU, jer je to obaveza država članica, već da prilikom primjene domaćeg zakonodavstva "uzimaju u obzir pravo EU", odnosno da usklađenim tumačenjem postignu isto dejstvo kao da je tom slučaju primjenjen propis EU. Na taj način unaprijeđuju proces evropskih integracija Crne Gore i daju dodatan podstrek za prijem Crne Gore u članstvo EU.

Presuda Apelacionog suda Už.Pž.br. 3/17⁴

Presudom Apelacionog suda Už.Pž.br. 3/17 preinačena je presuda Privrednog suda Crne Gore P.br. 198/13 od 09.01.2014. godine i usvojen tužbeni zahtjev kojim se obavezuje tuženi (banka) da isplati tužiocu iznos od EUR 7.644,52 na ime naknade štete. Tužilac u ovom predmetu je bilo pravno lice, nosilac platne kartice koji je sa jednom bankom u Crnoj Gori zaključio Ugovor o korišćenju platne kartice.

³ Vidi slučajeve 26/62 *Van Gend en Loos*,(1963) ECR 1, 6/64 *Costa v. Enel* (1964) ECR – 585 i dr.

⁴ Presuda Apelacionog suda Už.Pž.br. 3/17 od 02.11.2017.

Međutim, kartica je zloupotrebljena od strane trećeg neovlašćenog lica koji je presnimio podatke sa kartice i koristio ih da bi u jednoj prodavnici platio robu, usled čega je tužilac pretrpio štetu. Prvostepeni sud je odbio tužbeni zahtjev obrazlažući svoju odluku time da je treće lice neovlašćeno koristilo (zloupotrebilo) karticu, pa samim tim banka ne može biti odgovorna za pričinjenu štetu. Apelacioni sud je odbio žalbu tužioca i potvrdio prvostepenu presudu, ali je zato Ustavni sud odlučujući po ustavnoj žalbi zbog povrede člana 70 Ustava, usvoji žalbu, ukino presudu Apelacionog suda i vratio na ponovno odlučivanju. U ponovnom postupku Apelacioni sud je zauzeo potpuno drugačiji stav, smatrajući da je odluka prvostepenog Privrednog suda pogrešna i da je tužena banka odgovorna za štetu, jer je po nalogu trećeg neovlašćenog lica izvršila finansijsku transakciju sa računa tužioca na račun trećih lica pri tome ne vodeći računa o zaštiti svoj klijenta – tužioca i ne ponašajući se bona fides. Apelacioni sud se pozvao i na član 273 Zakona o obligacionim odnosima kojim je propisano da u slučaju prevare, povjerilac može od dužnika zahtjevati naknadu štete koja je nastala uslijed povrede ugovora, bez obzira što dužnik nije znao za okolnosti zbog kojih je šteta nastala. Dakle, neovlašćeno treće lice je dalo nalog za izvršenje spornih transakcija, potpisujući pri tome svojeručno slipove, a tužena banka mu je to odobrila ne provjeravajući pri tome da se radi o neovlašćenom licu koje nije korisnik kartice, pri čemu se banka nije ponašala kao dobar privrednik, već sa krajnjom nepažnjom.

Ono što je važno za tematiku kojom se rad bavi jeste da se nakon pozivanja na domaće propise, Apelacioni sud, pri kraju obrazloženja presude pozvao na propise EU da bi opravdao donošenje ovakve odluke. Naime, sud je koristio sledeću formulaciju: “U prilogu navedenog ovaj sud ukazuje da propisi koji su u Evropskoj uniji na snazi uređuju platne kartice i njihove zloupotrebe i to Direktiva EZ o distancionoj prodaji i Preporuka 97/489/EZ o transakcijama putem

elektronskih instrumenata plaćanja, a posebno o odnosu između izdavaoca i korisnika. Direktiva EZ o distancionalnoj prodaji u članu 8 uređuje pitanje zloupotrebe platnih kartica, pri čemu je njen domen primjene veoma sužen i ona reguliše pitanje prevarne upotrebe kartice, što se u teoriji tumači kao zloupotreba kartice od strane trećih lica. U sklopu navedenih ograničenja rješenje direktive je jednostavno, a sastoji se u prevalljivanju čitavog rizika prevare, upotrebe kartice na njenog izdavaoca - banku, što je prvostepeni sud trebao da ima u vidu prilikom odlučivanja u predmetnoj pravnoj stvari i da je prvostepeni sud bio dužan da u konkretnom slučaju primijeni praksu Evropskog suda za ljudska prava, prilikom odlučivanja u ovoj pravnoj stvari.”

Dakle, u ovom predmetu sud se da bi upotpunio svoj obrazloženje i argumentaciju, pozvao na propise EU, pri tome otvoreno koristeći formulaciju “*u prilog navedenog sud ukazuje da ovi propisi koji se primjenjuju u EU uređuju platne kartice i njihove zloupotrebe i to Direktiva EZ o distancionalnoj prodaji i Preporuka 97/489 EZ o transakcijama putem elektronskih instrumenata plaćanja.*” Prema mišljenju autora, ne ulazeći u ispravnost odluke, sud je pravilno “uzeo u obzir” pravo EU prilikom donošenja svoje odluke. Sud se nije direktno pozvao na pravo EU, ali je svoje tumačenje i svoju odluku upotpunio i uskladio sa propisima EU.

Presuda Apelacionog suda Pž. 593/2017⁵

I u ovoj presudi Apelacioni sud je uradio isto što i u prethodno navedenoj presudi. Pozvao se na iste propise EU - *Direktiva EZ o distancionalnoj prodaji*⁶ i *Preporuka 97/489 EZ*⁷, da bi odbio žalbu tuženog kao neosnovanu i potvrdio presudu

⁵ Presuda Apelacionog suda Pž. 593/2017 od 26.10.2017.

⁶ Directive 97/7/EC of the European parliament and of the Council on the protection of consumers in respectof distance contracts.

⁷ Commission recomendation 97/489 concerning transactions by electronic payment instruments and in particular the relationship between issuer and holder.

Privrednog suda Crne Gore kojom je usvojen tužbeni zahtjev i obavezan tuženi da tužiocu plati iznos od 44.532,70 eura sa zakonskom zateznom kamatom po osnovu neosnovanog bogaćenje. Naime, tužilac koji je sa tuženom (banka u CG) zaključio Ugovor o korišćenju Visa kartice, prodao je određenu robu – građevinski materijal određenim fizičkim licima koji su je platili elektronski – VISA karticama, prilikom čega im je tužilac izdao fiskalne račune. Međutim, kako tuženi nije navedena sredstva prenio na račun tužioca, to je tužilac tužbom tražio da sud obaveže tuženog da isplati taj novac, jer se obogatio bez pravnog osnova. Kao i u prethodnom slučaju Apelacioni sud se u obrazloženju presude pozvao na Direktivu EZ o distancionoj prodaji i Preporuku 97/489/EZ o transakcijama putem elektronskih instrumenata plaćanja, kako bih opravdao donošenje svoje odluke.

Dakle, i u ovom predmetu sud je posegnuo za modelom “usklađenog tumačenja”, tumačeći domaće propise, prije svega Zakon o obligacionim odnosima u skladu sa propisima EU. Iako je pravna stvar ovdje poprilično jasnija u odnosu na prethodni slučaj, jer se radi o činjenici da se tužena neosnovano obogatila na račun tužioca, sud je ipak svoje obrazloženje htio da upotpuni pozivajući se i na pravo EU. Sud je mogao to da uradi i bez pozivanja na propise EU, jer je potpuno jasno da se radi o neosnovanom bogaćenju koje je uređeno našim Zakonom o obligacionim odnosima.

Presuda Vrhovnog suda Crne Gore Už. Rev. br. 30/18⁸

U ovoj presudi Vrhovni sud Crne Gore je usvojio reviziju i preinačio presude Višeg i Osnovnog suda u Podgorici i “uzeo u obzir” pravo EU - Direktivu EU o elektronskim potpisima⁹ koja je implementirana je u crnogorsko zakonodavstvo u

⁸ Presuda Vrhovnog suda Crne Gore Už. Rev. br. 30/18 od 24.12.2018. godine.

⁹ DIRECTIVE 1999/93/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Community framework for electronic signatures.

Zakonu o elektronskom potpisu.¹⁰ Interesantno je da je Ustavni sud Crne Gore prethodno ukinuo presudu Vrhovnog suda Rev. 253/15 usvajajući ustavnu žabu tužilje, pozivajući se pri tome na istu ovu Direktivu EU o elektronskim potpisima, i nalazeći da je Vrhovni sud arbitreno i proizvoljno tumačio materijalno pravo, uključujući i navedenu Direktivu EU. Vrhovni sud je u ponovnom postupku Už. Rev. br. 30/18 donio istu presudu. Dakle, u ovom predmetu imamo slučaj različitog tumačenja domaće, ali i prava EU od strane Vrhovnog i Ustavnog suda Crne Gore. Ono što je za autora značajno, ne ulazeći u ispravnost odluka Vrhovnog i Ustavnog suda, je da se oba suda u svojim odlukama pozivaju na propis EU.

U navedenom predmetu tužilja je putem e-mail poslala svom poslodavcu zahtjev za prestankom radnog odnosa što je on i prihvatio i donio Rješenje o prestanku radnog odnosa. Međutim, tužilja se kasnije predomislila pa je podnijela tužbu kojom je tražila poništaj rješenja kojim je konstatovan prestanak radnog odnosa i tražila je da se vrati na rad kod tuženog poslodavca. U tužbi se pozvala na e-mail koji je poslala poslodavcu ne sadrži elektronski potpis, pa se samim tim ne može smatrati kao zahtjev za prestanak radnog odnosa. Ovakvog stava bili su i Osnovni i Viši sud u Podgorci koji su usvojili tužbeni zahtjev tužilje, poništili rješenje i obavezali tuženog da je vrati na posao. Takođe, ovakvog stava je bio i Ustavni sud. Obrazloženje za ovakvu odluku sudovi su našli u tome da e-mail ne sadrži elektronski potpis tužilje pa samim tim se ne može tretirati kao da je pisani dokument na papiru – zahtjev za prestanak radnog odnosa podnjet u skladu sa Zakonom o radu i internom procedurom poslodavca koja uređuje prestanak radnog odnosa. Međutim, Vrhovni sud je polazeći od prava EU - Direktive EU koja je implementirana u našem zakonodavstvu u Zakonu o elektronskom potpisu,

¹⁰ Zakonu o elektronskom potpisu ("Sl.list RCG", br.55/2003, 31/2005 i "Sl.list CG", br.41/2010).

našao da osporavanje tužilje da zahtjev poslat e-mail ne sadrži elektronski potpis, nije od uticaja za rješavanje predmetne stvari jer, prema mišljenju Vrhovnog suda upotreba e-pošte je izjednačena sa procedurom slanja papirnog dokumenata, pa ovakav zahtjev tužilje poslat e-mailom ispunjava uslove definisane Zakonom o radu i internim procedurama kod poslodavca za prestanak radnog odnosa. Drugim riječima, Vrhovni sud je protumačio Zakon o elektronskom potpisu “uzimajući u obzir - Direktivu EU 1999/93/EC o elektronskim potpisima” koja je u implementirana u navedeni zakon. Autor ne želeći da ulazi u ocjenu ovakve presude i da li je tumačenje navedene Direktive i Zakona o elektronskom potpisu ispravno dato do strane Vrhovnog suda, želi da istakne kao pozitivan primjer činjenicu da se najviša sudska instance u Crnoj Gori u obrazloženju svoje presude pozvala na direktivu EU, i primjenila domaći zakon u skladu sa njom. Drugim riječima, Vrhovni sud je sproveo usklađeno tumačenje domaćeg zakona sa propisom EU i postigao rezultat kakav zahtjeva propis EU, iako Crna Gora nije članica EU.

Pravni stav Vrhovnog suda Su. I br. 73-1 iz 2017. godine

U pravnom stavu Vrhovnog suda Su. I br. 73-1 iz 2017. godine, sud je pošao korak dalje pa je istakao da primjena odgovarajućih kolektivnih ugovora (Granskog i Opšteg) i Zakona o radu “nije u suprotnosti sa članom 3 stav 1 Direktive Savjeta 2001/23¹¹ koji propisuje da preuzeti kolektivni ugovori u slučaju statusnih promjena važe do prestanka ili isteka kolektivnog ugovora ili stupanja na snagu novog kolektivnog ugovora poslodavca.” Naime, u ovom primjeru Vrhovni sud zauzeo je stav povodom važenja i mogućnosti primjene

¹¹ COUNCIL DIRECTIVE 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses

Kolektivnog ugovora AD "Luka Bar" iz Bara na nastale sporne odnose zaposlenih AD "Port of Adria", da se nakon prestanka važenja Kolektivnog ugovora kod poslodavca do zaključenja novog kolektivnog ugovora, na zaposlene neposredno primjenjuje Granski kolektivni ugovor za pomorski saobraćaj i lučko-pretovarne usluge ("Sl. list RCG", br. 20/2004).¹² Važno je istaći da je navedeni pravni stav sud zauzeo primjenom domaćih propisa (odgovarajućeg granskog kolektivnog ugovora, opšteg kolektivnog ugovora i Zakona o radu), ali je isto tako u obrazloženju svog stava našao za shodno da istakne da navedeni domaći propisi *"nisu u suprotnosti sa članom 3 stav 1 Direktive Savjeta 2001/23/EZ."* Dakle, iako Crna Gora nije članica EU i nije u obavezi da primjenjuje pravo EU, Vrhovni sud Crne Gore je, prema mišljenju autora ispravno postupio kada se pozvao (uzeo u obzir) pravo EU (Direktivu Savjeta 2001/23/EZ) i naglasio da, domaći propisi koje je primjenio prilikom zauzimanja navedenog Pravnog stava nisu u suprotnosti sa propisom EU. Tim je sud jasno stavio do znanja da je u procesu harmonizacije domaćeg zakonodavstva sa pravnom tekovinom EU, potrebno da sudovi u Crnoj Gori uzimaju u obzir pravo EU kada primjenjuju domaće propise.

Zaključna razmatranja

Države članice EU su obavezi da primjenjuju pravo EU i da svoje domaće propise tumače u skladu sa pravom EU, odnosno da sprovode proces usklađenog tumačenje (posredno – indirektno dejstvo prava EU). Iz navedenog bi se mogao izvesti zaključak da crnogorski sudovi, s obzirom da Crna Gora nije članica EU, nisu u obavezi da tumače domaće propise u skladu sa pravom EU. Prema mišljenju autora, ovakav zaključak je pogrešan, jer je Crna Gora zapravo "pridruženi član EU", nalazi se u podmakloj fazi evropskih inegracija (osam godina pregovaračkog procesa), u ugovornom odnosu je sa EU

¹² Vidi stav II dispozitiva Pravnog stava.

(zaključen SSP) i otvorila je sva pregovaračka poglavlja, pa stoga sudovi u Crnoj Gori imaju obavezu da domaće propise tumače u okviru konteksta i vremena u kojem se Crna Gora nalazi – a to je evropski integraciji proces. Sudovi bi trebali da domaće pravne norme tumače u kontekstu vremena u kojem se Crna Gora nalazi, a to je podmakli pregovarački proces sa EU, i oni ne bi smjeli biti izvan tog procesa, već bi kao dio tog procesa, morali domaće norme tumačiti u skladu sa propisima EU, posebno one domaće propise koje su potpuno ili djelimično usklađeni sa pravom EU. Prema mišljenju autora, obaveza harmonizacije domaćih propisa sa propisima EU nije samo obaveza zakonodavne i izvršne vlasti, već i sudske. Stoga sudska vlast ne smije biti izvan vremena i prostora u kojem se Crna Gora nalazi. Ulaskom Crne Gore u EU crnogorski pravni sistem postaće dio pravnog sistema EU, dok će njeni sudovi postati sudovi EU, pa je potrebno da sudovi u Crnoj Gori iskoriste period pristupanja, kako bi već sada stekli znanja o pravu i propisima EU i bolje se pripremili za ulogu evropskog sudije, kada će biti u obavezi primjenjivati pravo EU. U svojim ranijim radovima¹³ autor je navodio koji su to motivi zašto crnogorske sudije već sada trebaju da vrše usklađeno tumačenje i da uzimaju u obzir pravo EU kada primjenjuju domaće propise, kao i koje poteškoće ih očekuju na tom putu, pa ih u ovom radu neće navoditi. Odgovor da li će pravo EU proizvoditi indirektno (posredno) dejstvo pred sudovima u Crnoj Gori i da li će takvo usklađeno tumačenje sa pravom EU biti obavezujuće za njih, treba da daju sami crnogorski sudovi.¹⁴ U tom smislu ohrabruju primjeri koje je autor naveo iz domaće sudske prakse u kojima je sud u obrazloženjima “uzeo u obzir pravo EU” posebno se pozivajući na propise EU i na činjenicu da su crnogorski sudovi propise tumačili u skladu

¹³ M. Vukčević, *op. cit.* str. 68-69.

¹⁴ Takva odluka ni za hrvatske sudove nije bila laka, jer ona nije u skladu sa dominantnom pravnom kulturom u Hrvatskoj...vidi više o tome kod T. Čapete, „Interpretativni učinak evropskog prava u članstvo i prije članstva u EU“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, 5/2006, str. 1492.

sa evropskim i da isti nisu u suprotnosti sa njima. Međutim, interesantno bi bilo postaviti pitanje, šta bi se desilo da je domaći sud našao da je primjena domaćih propisa u suprotnosti sa pravom EU? Da li bi u tom slučaju, primjenom metode usklađenog tumačenja primjenio pravo EU stavljajući po strani domaći propis? Na primjer, šta da je u navedenom primjeru Vrhovni sud Crne Gore našao da je primjena domaćih propisa (Kolektivnog ugovora, Zakona o radu) u suprotnosti sa Direktivom Savjeta EU? Da li bi onda njegov zaključak bio drugačiji, odnosno da li bi tada uskratio primjenu domaćih propisa i pozvao se direktno na Direktivu Savjeta EU? Uzimajući u obzir činjenicu da Crna Gora nije država članica EU, to crnogorski sudovi ne mogu direktno primjenjivati pravo EU, ali to ne znači da ga ne trebaju “uzimati u obzir” kao pomoćni (dodatni) izvor prava, upravo onda kada im je potrebno tumačenje (pojašnjenje) pravnih normi domaćeg prava koje su nastale kao rezultat procesa usklađivanja sa pravnom tekovinom EU.

Na kraju, autor primjećuje da ni u jednom od navedenih primjera crnogorski sudovi se nisu pozivali, niti “uzimali u obzir” presude Suda pravde EU u Luksemburgu, koje takođe predstavljaju sastavni dio pravne tekovine EU. Sudovima u Crnoj Gori, bi itekako bila od pomoći praksa Suda pravde EU, posebno kada se jave slučajevi različitog tumačenja norme domaćeg prava koja je nastala kao rezultat harmonizacije – prenošenja iz propisa EU, kao što je to slučaj sa Zakonom o elektronskom potpisu i Direktivom EU o elektronskim potpisima, čije odredbe su različito tumačene od strane nižestopenih sudova, Ustavnog suda i Vrhovnog suda.

Rezime

Autor u ovom radu analizira praksu crnogorskih sudova koji su se u svojim presudama pozivali na propise EU prilikom tumačenja i primjene domaćeg prava. Takođe, autor je stava

da su crnogorski sudovi već sada u obavezi da “uzimaju u obzir” pravo EU kada primjenjuju domaće propise, odnosno da prihvate posredno (indirektno) dejstvo prava EU. Iako svjestan da će prihvatanjem ovakvog pravnog stava, stvoriti određene poteškoće za domaće sudove, autor izdvaja pojedine presude kao pozitivne (svijetle) primjere, u kojima su se crnogorski sudovi pozivali na pravo EU kako bi opravdali tumačenje i primjenu domaćeg prava i dodatno potvrdili svoje stavove date u presudi.

Summary

In this paper, the Author analyzes the practice of Montenegrin courts which in their judgments referred to EU regulations in the interpretation and application of domestic law. Also, the author is of the opinion that Montenegrin courts are already obliged to "take into account" EU law when applying domestic regulations, ie to accept the indirect (indirect) effect of EU law. Although, aware that accepting such a legal position will create certain difficulties for domestic courts, the author singles out some judgments as positive (bright) examples, in which Montenegrin courts invoked EU law to justify the interpretation and application of domestic law and further confirm their views.

Prof. dr Anđelko LOJPUR ¹

Prof. dr Branislav RADULOVIĆ ²

MENADŽEMENT PRIVREDNOG DRUŠTVA slabosti u procesu korporativnog upravljanja

Uvodne napomene

Kompleksnost pravnog okvira i razuđenost prakse donošenja odluka u upravnim (nadzornim) odborima privrednih društava čini osnovicu za analizu organa upravljanja u privrednim društvima i ukupnog sistema korporativnog upravljanja.

U vezi sa tim su i drugi aspekti vrlo širokog polja rada organa upravljanja u privrednim društvima, vezani za izvještavanje i donošenje odluka, povezani sa setom zakona koji regulišu pitanja kao što su: vlasnička prava, odnosi sa zaposlenima, ugovorno pravo, stečaj i likvidaciju, unutrašnje kontrole, eksternu reviziju, kao i poslovanje brojnih finansijskih institucija, čineći ovu oblast na taj način zaokruženom.

Posmatran u užem smislu ukupan sistem korporativnog/kompanijskog upravljanja treba da vlasnicima društva osigura da će organi upravljanja u društvu, uključujući i izvršne direktore koje su oni angažovali, ostvariti utvrđene ciljeve privrednog društva i time ispuniti temeljnu obavezu, a to je što više ostvarene dobiti za vlasnike.

U okviru ovog rada, posebno će se analizirati, kako sa pravnog aspekata, tako i sa ekonomskog slabosti, tj. nedostaci sistema korporativnog upravljanja. Kao posljedica odvajanja

¹ Profesor za oblast menadžmenta na Ekonomskom fakultetu Univerziteta CG

² Profesor na predmetu Kompanijsko pravo na Univerzitetu "Mediteran"

vlasničke i upravljačke funkcije u privrednom društvu neminovno dolazi do jaza između menadžmenta, odnosno uprave i vlasnika kapitala, tj. članova koji podjeduju udjele u privrednom društvu. Ovi problemi (u literaturi poznati kao „agencijski problemi“) u osnovi višeslojni, sadržani su u pitanju, kako na pravi način riješiti problem alokacije prava na odlučivanje.

Takođe, važno pitanje na koje treba dati odgovor je kako uspostaviti efektivnu i permanentnu kontrolu upravljanja svih organizacionih struktura u društvu, koji su u situaciji da donose odluke o korišćenju resursa privrednog društva u cilju stvaranja vrijednosti, a koji su u isto vrijeme odgovorni prema brojnim (internim i eksternim) subjektima koje svojim direktnim ili indirektnim angažovanjem u privrednom društvu snose izvjesni rizik.

U uslovima kada je sistemski izmjenjen normativni okvir korporativnog upravljanja donošenjem novog Zakona o privrednim društvima³ i ostvaren prelaz sa ranijeg anglosaksonskog⁴ na kontinentalni model, pitanje kvaliteta korporativnog upravljanja dobija na aktuelnosti, i u tom smislu će se, u okviru ovog rada, analizirati redefinisane njegovih pojedinih internih i eksternih mehanizama. Temeljno uporište koja se ovim radom potencira je jačanje korporativne kulture, što je moguće ostvariti kroz promjenu dugo važeće paradigme - „The managed-Corporation Paradigm“ u „The Governed-Corporation Paradigm“.

Značaj kvaliteta korporativnog upravljanja

Globalni trendovi u sistemu korporativnog upravljanja se odlikuju stihijskim promjenama koje se u nacionalnom okviru redovno ne recepiraju adekvatnim tempom iz razloga izražene sklonosti nacionalnog sistema ka oslanjanju na „oprobana i

³ Zakon o privrednim društvima „Sl. list Crne Gore“ br. 65/20 od 3-ćeg jula 2020. godine.

⁴ Zakon o privrednim društvima donijet 2002. godine, u saradnji sa USAID-om.

poznata“ rješenja. To zahtjeva da pođimo od stava P. Senge-a: „Uvijek iznova preslažemo „ležaljke na palubi“ našeg misaonog svijeta (korporativnog – op.a.) korištenjem novog jezika i termina, bez da „brod“ zamijenimo „podmornicom“. Možda bi na „domaćem terenu“ prethodnu konstataciju trebalo dopuniti pitanjem da li takva praksa znači i isplatu cijene nesrazmjerne vrijednosti koja se time dobija i na koji način uspostaviti balans između neophodnosti pravne sigurnosti i potrebe za regulatornim razvojem okvira korporativnog upravljanja.

Pođimo od opštepoznatih konstatacija da se korporativno upravljanje u osnovi tiče: 1) načina upravljanja privrednim društvom ili određivanjem opštih svrha poslovanja kompanije (vizija, misija, strategija i sl., prema kojima će organizacioni resursi biti alocirani) i 2) pronalaženja načina za rješavanje konflikata između brojnih učesnika unutar jedne (privredne) organizacije. Posmatrano iz ugla menadžmenta to je zahtjev i odgovor na koji način i koliko efektivno i efikasno jedno privredno društvo upotrebljava svoje resurse da bi zadovoljilo i zaštitilo interese „stejkholdera“.

U tom smislu, uloga organa upravljanja i rukovodjenja u privrednom društvu, je prvobitno bila zamišljena da on postoji kao „određena grupa“ koja će funkcionisati nezavisno od drugih djelova menadžmenta, a koja će prvenstveno voditi računa o tome da interesi vlasnika, tj. akcionara (koji objektivno ne mogu biti uključeni u svakodnevne aktivnosti privrednog društva), budu zaštićeni. Međutim, primjeri Enrona, Worldcoma, Tyco-a, zatim propast velikih finansijskih kuća kao što su Lehman Brothers, Bear Stearns, Merrill Lynch, Wachovia, i brojni drugi korporativni skandali pokazuju da su se stvari u velikom broju kompanija odvijale, suprotno normama i očekivanjima, prema sljedećem scenariju: članovi upravnog odbora su najčešće imali veoma „prisan“ odnos sa izvršnim direktorom/ima, koji su dalje njegovali obostrano pristrasne odnose sa generalnim direktorom uz favorizovanje međusobnih interesa.

Dodaju li se navedenom i brojni drugi otvoreni problemi, nema sumnje da je korporativno upravljanje bilo „zatvoren sistem“ koji je postao ozbiljan globalni problem na koji je trebalo dati pravni/institucionalni odgovor. Isto tako, prethodno navedeni problemi ali i brojni drugi, manifestovali su se znatno prije nego što se globalna ekonomija suočila sa „svjetskom ekonomskom krizom“.

Problem uspješnog upravljanja privrednim društvom, pored mikro, ima i ne manje važnu makro dimenziju, jer nakon propasti brojnih i velikih kompanija, pojedine nacionalne ekonomije su već stigle u fazu stvarnog ili prividnog bankrota (Grčka, Španija, Italija i druge). Naime, „drugi talas krize“, doveo je do dodatnog slabljenja rezistentnosti pojedinih država i posljedičnog pada njihove ekonomske moći. S obzirom da je kriza započela krahom pojedinih kompanija, to je uslovalo da upravo od ovog problema treba započeti i sa primjenom efektivne „terapije“.

Organe upravljanja, po pravilu, čine izabrani predstavnici akcionara na skupštini privrednog društva, čija se primarna obaveza ogleda u predstavljanju i zaštiti interesa akcionara. U tom pogledu se kao tipične aktivnosti upravnog odbora mogu naznačiti sljedeće (M.Coulter; 16):

- Razmatranje i usvajanje strateških ciljeva i planskih zadataka kompanija,
- Razmatranje i usvojanje finansijskih standarda i politike poslovanja organizacije,
- Osiguranje integriteta finansijske kontrole i sistema izvještavanja,
- Odobravanje poslovne politike kojom se organizacija vodi,
- Praćenje uspješnosti u poslovanju organizacije i redovno preispitivanje postignutih rezultata u odnosu na utvrđene performanse,
- Odabir, procjena i nagrađivanje top menadžera,
- Sistematizacija i organizacija radnih mjesta u menadžmentu,
- Preispitivanje i odabir načina raspodjele dividendi,

- Kontrola odnosa sa akcionarima i drugim nosiocima korporativnog rizika.

Prethodno navedene nadležnosti upravnog odbora, redovno su inkorporirane u nacionalne zakone o privrednim društvima⁵, kodekse korporativnog upravljanja i drugu razučenu regulativu iz ove oblasti. Tako, posmatrano iz perspektive „normativnog uređenja“, odnosno potrebe uspostavljanja kvalitetne pravne regulative, mogao bi se izvesti površan zaključak da je problem korporativnog upravljanja jednostavno rješiv kroz unapređenje zakonodavnog okvira privrednih društava.

Međutim, u tome je sadržana i ključna postavka ovog rada da se težište problema sa čisto formalnog aspekta preusmjeri na faktičke aspekte privrednog života i dominantno na razloge zbog kojih je menadžment označen kao „usko grlo“ u procesu korporativnog upravljanja.

Imajući u vidu da je aktuelnim zakonskim rješenjem privrednom društvu ostavljena mogućnost da se na bazi sopstvene odluke opredijeli za jednodomni model upravljanja u sa odborom direktora i izvršnim direktorom ili dvodomni sa nadzornim i upravnim odborom, u cilju lakšeg razumjevanja u ovom radu će se uglavnom tretirati organizacija privrednog društva zasnovanog na jednodomnom sistemu.

Nadalje, u skladu sa prethodno navedenim, odbor direktora je organ društva ovlašćen da: upravlja društvom i daje smjernice izvršnom direktoru u pogledu vođenja poslova društva; donosi odluku o unutrašnjoj organizaciji društva i akt o sistematizaciji; imenuje izvršnog direktora i sekretara društva, prema potrebi; utvrđuje poslovnu strategiju u skladu sa smjericama skupštine; vrši nadzor nad poslovanjem društva; utvrđuje računovodstvene politike društva i politike upravljanja rizicima; imenuje lica zadužena za sprovođenje interne revizije u društvu, na predlog revizorskog odbora, ako

⁵ Član 161 Zakona o privrednim društvima Sl. list Crne Gore“ br. 65/20 od 3-ćeg jula 2020 godine

je formiran u društvu; saziva sjednice skupštine i utvrđuje predlog dnevnog reda sa predlozima odluka; utvrđuje iznose dividendi koji u skladu sa ovim zakonom, statutom i odlukom skupštine pripadaju pojedinim klasama akcionara, kao i način i postupak njihove isplate; izvršava odluke skupštine; predlaže politiku naknada članovima organa upravljanja; daje i opoziva prokuru; usvaja tromjesečne izvještaje izvršnog direktora o poslovanju društva, kao i da vrši druge poslove u skladu sa ovim zakonom i statutom društva.⁶ Ovim je sasvim jasno da odbor direktora tj. upravni odbor imaju nezamjenjivu ulogu u procesu korporativnog upravljanja, odnosno u procesu donošenja menadžerskih odluka koje se tiču prije svega strategije privrednog društva, kontrole njene implemenatcije, odnosno, poslovanja u cjelini. Uloga organa upravljanja se ne može svesti isključivo na saradnju sa izvršnim ili generalnim direktorom koji ga izvještavaju, već je sve više upućen na funkcionisanje strateškog menadžmenta privrednog društva u cjelini, što podrazumijeva direktno angažovanje u formulisanju i implementaciji poslovnih politika društva.

Nadalje, u funkciji pojašnjenja značaja dobrog upravljanja „good governance“, sa aspekta kvaliteta finansijskog izvještavanja, prof. Ž. Šević s pravom ističe: „Činjenica je da su upravni odbori (bordovi direktora) uspješnih kompanija, tradicionalno do pojave krize, bili pod dominantnim uticajem jakih generalnih direktora koji se veoma često „pritiskali“ ostale članove odbora (borda) da prihvate neke izvještaje koje je trebalo da preispitaju, ili čak da vrate sastavljaču. No, nažalost, snaga ličnosti, a vjerovatno i implicitna korupcija (ne možeš kritikovati onoga ko te plaća, jer će prestati da te plaća), kao i praksa da se odbori popunjavaju iskusnim ličnostima, koje pored toga što su iskusne su i prijatelji (ili bar dobri poznanici) generalnog direktora, ili jakih ličnosti u bordu direktora, sigurno nisu doprinele kvalitetu situacije“ (Ž. Šević).

⁶ Član 161 stav 5 Zakona o privrednim društvima.

Taj „quid pro quo“ odnos se polako mijenja, posebno sa donošenjem Sarbanes Oxley Act-a (2002), gdje se pred članove odbora direktora postavljaju sve veći zahtjevi, naročito u pogledu dostupnosti finansijskih izvještaja.

Uporedna iskustva pokazuju da kada je u pitanju uloga, odnos i uopšte mjera angažovanja odbora direktora u procesu kreiranja i sprovođenja strategije privrednog društva u osnovi su se izdiferencirala dva krajnje suprotstavljena stava: a) prvi, u onim privrednim društvima u kojima odbor direktora igra ulogu pasivnog posmatrača koja se svodi na primanje obavještanja i odobravanje planiranih strategija „top menadžmenta“ (generalnog direktora, CEO) i b) drugo, gdje se odbor direktora postavlja u ulozi „inicijatora“, na način da njegovi članovi aktivno učestvuju u procesu strateškog menadžmenta, kroz formulisanje novih strategija, nadzora nad procesom njihovog sprovođenja i evaluacije⁷.

Na kraju, imajući u vidu da akcionari kao vlasnici kapitala objektivno ne mogu učestvovati u svakodnevnom poslovanju društva, te da su jedino u mogućnosti da utiču na generalne pravce razvoja, postavlja se pitanje da li u slučaju stvarne ili prividne pasivizacije odbor direktora objektivno štiti njihove interese, tj. vrši svoju funkciju na način kako to zagovara agencijska teorija.

Krizom menadžmenta do krize korporativnog upravljanja

„Kapital je lako dostupan, a pametne strategije se daju kopirati“ - Ed Michaels, direktor McKinsey

U istom tonu je i izjava Bill Gates-a, koju ipak treba primiti sa dozom rezerve da je: „Microsoft tek šest mjeseci

⁷ Npr. od članova upravnog odbora kompanije Home Depo koji nisu zaposleni u njoj se očekuje da provedu najmanje jedan dan godišnje sa rukovodiocima različitih funkcionalnih dijelova kao što su sektor za ljudske resurse, finansije, operacije, kao i da obidu minimum dvanaest radnji godišnje.

udaljen od bankrotstva“, a da su mu najopsaniji konkurenti neki borbeni klinici s novim modelom poslovanja?

Razvijeni svijet i svijet biznisa uopšte je prošao put od industrijskog društva, stigao do informatičkog (information age), ali se tu nije zaustavio. Za oznaku „novih vremena“ koristimo čitavu lepezu različitih imena koja ih nešto bliže identifikuju, kao npr: nematerijalna ekonomija, „zelena“ ekonomija, ekonomija iskustava, ekonomija ideja, Web biznis, i sl. Stigli smo do tačke koju paradigmatički označavamo kao „ekonomija znanja“, ali već se prepoznaju i premise novog doba koje neki vole da nazivaju „Cool Society“.

Vrijedi navesti konstataciju prof. V. Srića⁸ koji kaže: „Za većinu tvrtki i zemalja talentirani ljudi su jedini izvor konkurentske prednosti“.

U toku protekle dvije decenije upravljanje velikim korporacijama se promijenilo do neprepoznatljivosti, ističe P. Drucker. To po njemu objašnjava pojavu „generalnog direktora supermena“ tipa J. Velča iz Dženeral Eletrika, Endrua Gruva iz Intela, Standforda Veila iz Sitigrupa, ali kako i sam autor zaključuje: „organizacije ne mogu da se pouzdaju u supermena; ponuda je i nepredvidljiva i previše ograničena“, bolje reći „one opstaju samo ako ih vodi kompetentna osoba. Ono što nam u okviru ovog rada ide u prilog je da Drucker zaključuje da „to što nam je danas potrebno da veliki šef bude genije jasno pokazuje da je top menadžment u krizi“, s tim da ne smijemo zaboraviti da je ova tvrdnja iskazana jednu dobru deceniju ranije⁹.

U današnje vrijeme postoji nepodijeljeno mišljenje da je humani kapital najznačajniji korporativni resurs i ključna

⁸ Vid. Šire, V. Srića: Biblija modernog vođe, Harmony Based Leadership, Znanje, Zagreb. Tako, npr. Michael Dell iz tvrtke Dell Computers smatra ljude prvima na listi prioriteta svakog menadžera. Theresa Garza, njegova potpredsjednica, glavnu vrijednost kompanije vidi u ljudima koji su kreativni, naporno rade, inicijativni su, angažirani i uzbuđeni svojim poslom“. Čelnici kompanije Nokia ističu da su otvorenost duha, transparentnost organizacije i talenat njenih ljudi glavni resurs menadžera u toj kompaniji.

⁹ Vid. šire; P. Drucker; Upravljanje u novom društvu, str. 207-208.

konkurentna prednost kompanije. No i pored te nesporne spoznaje, izgleda da smo se u većini slučajeva zaustavili na mišljenju i da teško, posebno u domaću stvarnost, prodire spoznaja da se vrijednost savremenih kompanija ne mjeri brojem zaposlenih, već kvalitetom njihovog rada, tj. da je tzv. nematerijalna imovina po svom iznosu značajno nadmašila onu materijalne prirode. Dakle, problem je kako te ideje uvesti u svakodnevnu praksu korporativnog upravljanja. Iz tog razloga, W. Allee sa pravom ističe da smo uhvaćeni u „zlatne lisice“ biznisa, finansijskih i ekonomskih modela i okvire koji nas stalno usmjeravaju u pogrešnom pravcu¹⁰. „Vrijeme je da se pozabavimo posve drugačijom vrstom pitanja“, ističe dalje spomenuti autor, pri čemu navodi sljedeće: „pažljivim promatranjem možemo uočiti da su doslovno svi poslovni i ekonomski modeli u upotrebi, jednako kao i menadžerski alati ostaci industrijskog doba. Stalno se susrećem sa frustriranim menadžerima i liderima koji uvijek iznova pokušavaju upotrebljavati upravljačke alate i metode koje u novoj ekonomiji jednostavno više ne funkcioniraju“.

„Menadžment je zastareo¹¹. Kao i motor sa unutrašnjim sagorijevanjem, on je tehnologija koja je u velikoj mjeri prestala da se razvija, što nije dobro iz razloga što menadžment, kao sposobnost da se raspoređuju resursi, prave planovi, programira poslovanje i podstiče ulaganje napora, predstavlja ključan faktor za ispunjavanje svrhe postojanja privrednog društva. Iz tog razloga, društvo u cjelini snosi cijenu neuspješnog obavljanja menadžerske funkcije. Kako to ilustrativno opisuje G. Hamel: „tražiti od menadžera da manje upravlja je isto kao tražiti od stolara da zakuca manje eksera ili da učitelja u školi molite da manje edukuje svoje učenike. Ali sam nadzor, kruti planovi, sveobuhvatne procjene stroge

¹⁰ Vid.šire, W. Allee; str.1.

¹¹ Gari Hamel (u knjizi „Menadžment budućnosti“), inače jedan od vodećih svjetskih eksperata za poslovnu strategiju, gostujući profesor strateškog i međunarodnog menadžmenta na London School of Commerce.

politike, obavezne procedure, ukratko cjelokupna premisa menadžmenta da „otac zna najbolje“ je antiteza izgradnje kompanije punih sljedbenika s velikom energijom, koji su i dalje pomalo buntovni“.

Iz same definicije menadžmenta proizilazi da je uloga menadžera u nadgledanju, kontroli i administriranju poslovnih operacija. Međutim, najvrednije ljudske sposobnosti u današnjim uspješnim kompanijama su upravo one kojima se najmanje može upravljati, a to je ljudska kreativnost. Klasični alati i metode menadžmenta mogu prisiliti zaposlene da budu poslušni i marljivi, ali ih ne mogu učiniti kreativnim i posvećenim, a to je ono što se zahtijeva u prelazu sa vizure zaposlenog kao „radne snage“ do njihovog prihvatanja kao „kapitala“.

Dakle, neoboriva je spoznaja da se osnovna načela funkcionisanja u uslovima tzv. nematerijalne ekonomije i ekonomije znanja dramatično razlikuju od tradicionalnog poimanja stvaranja vrijednosti i poslovanja kompanija u cjelini. P. Drucker, G. Hamel, P. Romer, Ch. Goldfinger, P. Senge i mnogi drugi autori su već odavno ukazali da su na scenu stupili i na važnosti dobili novi faktori uspješnosti kao što su: znanje, informacije, inteligencija i sl. Time što su ukazali na nastanak i karakteristike nove ekonomije ili tzv. ekonomije znanja, saopštili su i osnovnu ideju koja glasi: znanje se potpuno razlikuje od prirodnih resursa. Ako je ovim, radikalno promijenjena paradigmska osnovica funkcionisanja savremenih kompanija, budući da se materijalni resursi korišćenjem troše, dok se suprotno tome, znanje korišćenjem uvećava, tada je nužno mjenjati i raspoložive menadžerske tehnike i alate. Time se, podjednako pred menadžere i članove uprave postavlja zahtijev da iznađu nove perspektive koje će počivati na novim ekonomskim temeljima, što u krajnjem znači da bi principi funkcionisanja menadžmenta i čitavog procesa korporativnog upravljanja

trebalo da budu potpuno drugačiji od onih koji su u konvencionalnoj upotrebi.

Kako P. Drucker ističe u jednom od svojih kulturnih djela „Upravljanje u novom društvu“: „Kad brod tone, ne saziva se zbor, već se izdaju naređenja“. Dakle, ako današnju svjetsku ekonomiju bar jednim dobrim dijelom poistovjetimo sa spomenutim Drakerovim brodom, za šta vjerujemo da imamo pravo, onda je pitanje ko ima pravo izdati naređenja. P. Drucker dalje nastavlja „da mora da postoji neko ko kaže da je dosta kolebanja i da nemamo kud. Štaviše, kako naše korporativne institucije postaju kompleksnije – u tehnološkom, ekonomskom i socijalnom smislu, to nam je potrebno da znamo ko je zapravo krajnji autoritet“. I jedan dio zaključne Drakerove misli glasi: „Potpuno sam siguran da će za petnaest godina upravljanje korporacijama biti potpuno različito od sadašnjeg. Ovo mogu sa sigurnošću da kažem jer smo svjedoci fundamentalne promjene u strukturi vlasništva nad preduzećima, koja neminovno za sobom povlači promjene u upravljanju“.

Dakle, ostaje nam da zaključimo da su aktuelni menadžerski modeli, alati i vještine uglavnom temelje na zastarjelom načinu razmišljanja i mehaničkom (inženjerskom) pristupu, koji se objektivno ne može kvalitetno aplicirati na nove faktore, tako da nije iznenađujuće što rezultati uglavnom izostaju. U tom smislu završićemo ovaj dio rada još jednim poučnim stavom P. Druckera, gdje kaže „da današnje vođe moraju da prihvate činjenicu da interes akcionara izražen u jučerašnjem indeksu Dau Džons nije ono čime treba da se rukovodimo u vođenju kompanije. U narednih petnaest godina biće potrebno pozabaviti se i transformisati ne samo upravljanje, već i odgovarajuće koncepte i alate“.

Pravci reforme korporativnog upravljanja

Brojni su faktori koji opredjeljuju kvalitet izvršenja menadžerskih aktivnosti i autori koji traže rješenje za postojeću situaciju konstatuju da se današnji menadžeri osjećaju zarobljeni između dva različita svijeta: čini im se da bar jednom nogom čvrsto stoje unutar korporativnog svijeta kojim još uvijek dominira tradicionalna menadžerska praksa, dok drugom ne smiju da ozbiljnije zagaze u još uvijek mutne i nejasne vode nematerijalnih poslovnih kategorija koje čine osnovicu svake organizacije. Posljedica takvog stanja ogleda se u tome da organizacija sistematično ne dostiže svoj potencijal”.

U tom smislu T.Peters “koristi” formulu tzv. (poželjne) kreativne korporacije, koja podrazumijeva sljedeći način ponašanja:

- mjenjati listu proizvoda/ usluga što redovnije,
- mjenjati sjedište kompanije svakih 10 do 15 godina,
- osigurati da “pridošlice” čine 25% odbora direktora,
- prodati trećinu firme svakih 10 godina, nezavisno od njene uspješnosti,
- osigurati da barem 20% članova nadzornog odbora budu nezavisni (bogat) pojedinci iz drugih firmi,
- svake dvije godine izraditi listu deset ključnih ideja na kojima se kompanija zasniva i redovno ih “provjeravati”,
- zabrinuti se ako poslovni sastanci prolaze bez snažnih sučeljavanja mišljenja.

Uspjeh menadžmenta, posmatran kao ključna pretpostavka uspjeha uprave kompanije, u najkraćem bi trebao da se ogleda u dostizanju visokih performansi organizacije.

U tom smislu postojeće interne i eksterne mehanizme korporativnog upravljanja treba redefinisati i neke od prijedloga dajemo ovdje:

Društvena svijest i društveno odgovorna kompanija¹²: menadžment na društvenu odgovornost treba da gleda kao na obavezu čije ispunjenje prevazilazi ono što bi samo trebalo da se uradi prema zakonu. Mnoge kompanije praktikuju društvenu svijest; a kako bi društveno odgovoran menadžment izbjegao subjektivnost vlastitog razmišljanja učinjen je pokušaj da se unificira jedan broj principa koji bi bio od koristi u jednakom vrednovanju tih aktivnosti. U tom smislu navodimo tzv. deset zapovijesti društveno odgovornog poslovanja preduzeća koje današnjim menadžerima mogu biti od koristi (R. Kreitner, 723): “a) preduzmi korektivne akcije prije nego što se to izričito zahtjeva, b) radi s građanima i društvenim grupama na rješavanju zajedničkih problema, c) radi na uspostavljanju industrijskih standarda i propisa, d) javno priznaj svoje greške, e) uključi se u prikladne socijalne programe, f) pomozu u rješavanju problema okoline, g) prati promjene u društvenoj okolini, h) uspostavi i poštuju korporacijska pravila ponašanja, i) prihvati javne standarde o socijalnim pitanjima, j) nastoj ostvarivati profit na stalnoj osnovi”.

Etika u biznisu je važan faktor jer društvena odgovornost sa sobom nosi i etički imperativ i teži se dugoročnim ciljevima koji su dobri i za društvo. Ostvariti što veći profit je, izgleda, za brojne menadžere dovoljan razlog da se preskoče moralne ograde i zanemare etička stanovišta. Malo je dokaza koji ukazuju na to da društveno odgovorno i etičko poslovanje ugrožavaju ekonomsko poslovanje kompanije. Raditi prave stvari, tj. postupati odgovorno i etički nije uvijek lako, ali menadžeri bi ispravno postupili ako bi podsticali etičko ponašanje istovremeno sa planiranjem, vođenjem, kontrolom i organizovanjem.

¹² Evolucija društvene odgovornosti korporacija u početku je imala formu filantropije, a započinje 80-ih i 90-ih godina prošlog vijeka kada su mnogi podstaknuti primjerima milijardera poput Bil Gates-a, počeli sa afirmacijom filantropskih inicijativa.

Procjena organizacionih performansi treba da je u funkciji potpune kontrole poslovanja i menadžeri treba da vode naročitu brigu o organizacionim performansama kao krajnjem rezultatu svih organizacionih aktivnosti. Tako se kao najčeće mjere organizacionih performansi koriste produktivnost, organizaciona efektivnost i rangiranje u određenoj oblasti. Upravljanje performansama podrazumijeva korišćenje informacija od strane uprave o mjerenju performansi u cilju postizanja pozitivnih efekata u poslovnom sistemu, upravljanju procesima i organizacionoj kulturi. Priprema standarda za ocjenjivanje i razvoj standarda performansi može biti pripremljena od strane odbora direktora.

Procjena finansijskih performansi kompanije se uglavnom svodi na tradicionalne sisteme mjerenja finansijskih performansi privrednog društva oslanjajući se na sljedeće metode kontrole: analizu finansijskih izvještaja, sistem racio brojeva, analizu prelomne tačke, budžet i eksternu reviziju. Međutim, činjenica je da tradicionalni finansijski pokazatelji imaju brojne nedostatke, kao npr.: prikazuju rezultate prošlih aktivnosti, podstiču kratkoročno razmišljanje, nerazumljivi su za veći broj donosilaca odluka, obuhvataju samo jedan dio ukupnih performansi preduzeća i sl. tako da gledano u cjelini nisu adekvatni za usmjeravanje organizacije u složenom visokokonkurentskom okruženju,

Procjena performansi generalnog menadžera takodje predstavlja jednu od važnijih funkcija koju odbor direktora obavlja i kao takva treba da bude sprovedena pošteno, sa dužnom pažnjom i objektivnošću. Generalni menadžer – izvršni direktor ima samo jednog "gazdu" - odbor direktora. Zbog toga je izuzetno važno da generalni menadžer bude adekvatno ocijenjen od strane samo „jednog šefa”. Odbor direktora je zainteresovan i odgovoran za periodične procjene performansi menadžera što služi kao kontrolna mjera koju može da koristi odbor direktora kako bi utvrdio da li menadžeri, npr. primjenjuju njegovu strategiju i da li je ona uopšte primjenjiva.

Stvarna svrha procjene nije da se procijeni ličnost, nego da se razvije program koji će omogućiti poboljšanje performansi kompanije i potpuniji razvoj potencijala menadžera.

Vještine koje se traže od menadžmenta u “novoj ekonomiji” su odgovor na globalizaciju, upravljanje različitostima među zaposlenim (“workforce diversity”), povećanje kvaliteta i produktivnosti, davanje odgovora na nedostatak radne snage, poboljšanje odnosa sa kupcima, poboljšanje vještine ophođenja s ljudima (“people skills”), jačanje zaposlenog kao individue, rješavanje “privremenih problema”, stimulisanje inovacije i promjena, pomoć zaposlenim u rješavanju konflikata, jačanje poslovne etike. Prethodnom treba dodati i zahtijev koji se odnosi na brz transfer najbolje prakse koja se sa globalnih tržišta rapidno pomjera ka lokalnim učesnicima.

Kompenzacione šeme menadžera¹³ su takođe važne jer se radi se o internom mehanizmu korporativnog upravljanja. Opšte je uvjerenje da su današnji menadžeri preplaćeni u odnosu na ostvarene performanse organizacija koje vode. Posvećenost ostvarenju postavljenih ciljeva organizacije uprava postiže formalnim sistemom nagrađivanja i posticanja, odnosno nagradama i bonusima koji treba da podstiču i motivišu (*extrinsic motivation*). Tzv. sistem kompenzacionih šema za menadžere treba postaviti tako da omogući istovremeno postizanje više ciljeva: privlačenje menadžera s tržišta rada, njihovu kratkoročnu stimulaciju, dugoročnu vezanost i zadržavanje u kompaniji, stimulaciju za strateško

¹³ U poslednjih 30 godina zarade američkih izvršnih direktora rasle su 127 puta brže od zarada zaposlenih. Zarade su im od 1978. godine porasle za 725 odsto, dok su zarade zaposlenih porasle samo 5,7 procenata, sudeći prema najnovijem istraživanju američkog Instituta za ekonomske politike. Prošle godine su izvršni direktori zaradili oko 209 puta više nego njihovi zaposleni, dok je 1978. godine ta razlika bila "samo" 26,5 odsto, što znači da sve veći deo profita sebi uzimaju direktori. Taj se trend nastavlja usprkos činjenici da se produktivnost zaposlenih u tom razdoblju povećala za čak 93 posto.

razmišljanje i vođenje, spremnost preuzimanja rizika, decentralizaciju dijelova kompanije i sl. Kada su u pitanju kompenzacije za menadžere, njihov iznos i odnos, P. Drucker ističe: „Na primjer, često sam savjetovao menadžere da odnos plata 20/1 predstavlja granicu preko koje ne mogu da idu ako ne žele da izazovu bijes i pad morala u svojim kompanijama. Danas vjerujem da je društveno i moralno neoprostivo da menadžeri stižu veliku dobit za sebe, s jedne strane, s druge strane otpuštaju zaposlene. Kao društvo platićemo visoku cijenu zbog prezira koji se zbog ovog javlja među menadžerima srednjeg nivoa i zaposlenih“. Pored toga, komitet za kompenzacije mora da strukturira podsticajne šeme tako da prednost imaju dugoročne u odnosu na kratkoročne performanse kompanije.

Kontrola performansi menadžera od strane spoljnih akcionara spada u jedno od ključnih pitanja u procesu korporativnog upravljanja kada zbog disperzovane structure vlasništva spoljni vlasnici ne mogu u dovoljnoj mjeri da kontrolišu performanse menadžera. Dobrim dijelom ovaj problem je moguće ublažiti, tako što će se: a) prihvatiti oslonac kojeg čini težnja menadžera da steknu i očuvaju sopstvenu poslovnu reputaciju; b) adekvatnim dizajniranjem kompenzacionih šema dovesti u vezu nagrađivanje menadžera sa interesima i učinkom kompanije; c) delegiranje kontrole nad menadžmentom ka upravnom odboru kao predstavniku vlasnika i prihvatanje tzv. koncepta *The Governed-Corporation Paradigm*; d) jasno definisanje fiducijarne dužnosti menadžera prema kompaniji uz mogućnost podnošenja tužbe u slučaju njihove povrede; e) preuzimanje kompanije od strane drugih kada vrijednost firme zbog lošeg rada uprave padne ispod “realne”; f) redovna procjena performansi CEO, CFO, COO, generalnog direktora i članova uprave; g) pomjerenje težišta sa isključivog korišćenja finansijskih pokazatelja ka sveobuhvatnijim metodama, npr. ovdje zagovarani metod BSC-a; h) razni drugi oblici vlasničkog aktivizma, npr. borba za

zastupničke glasove na skupštini akcionara, koncentracija vlasništva u rukama jednog ili manjeg broja akcionara i drugo.

Struktura odbora direktora (odnos spoljnih i unutrašnjih) je važna za reformu strukture odbora direktora. Ona je nužna u smislu pomjerenja težišta, odnosno povećanja broja spoljnih u odnosu na unutrašnje direktore u ukupnom broju članova odbora. Mjesta kao što su CEO, CFO, COO po pravilu mogu da pripadaju unutrašnjim direktorima. Međutim, dok su unutrašnji direktori tradicionalno spremni da mnoge stvari „guraju pod tepih« jer su za njih direktno odgovorni, od spoljnih direktora se načelno očekuje da će biti nezavisni i objektivni, te da će kompaniji staviti na raspolaganje svoju stručnost, vještine, ugled, informacije i kontakte. Pored toga, današnji odbor direktora mora biti više otvoren, spreman na konstruktivnu atmosferu, veći obim informacija, i bolju orijentaciju ka interesima vlasnika kapitala, uz izražen senzibilitet ka sugestijama drugih stejkholdera, što je jedino moguće ako se poveća broj spoljnih članova odbora direktora. Sedamdesetih godina prosječan broj članova odbora iznosio je pet unutrašnjih i oko osam spoljnih. Ako bi se tražile neka preporuka za današnje uslove, prosječna veličina bi trebalo da se kreće od 8 do 15 članova za velike javne kompanije. Ovo iz razloga što manje od osam ne bi bilo efikasno budući da se ne bi mogli uspostaviti svi komiteti, dok više od 15 unosi konfuziju u rad, izostaju konstruktivne debate, sastanci bi bili neproduktivni, nepotrebno dugotrajni i sl.

Procjena performansi CEO i članova borda direktora je važna jer većina kompanija u kontinuitetu vrši procjenu svojih poslovnih performansi, učinka pojedinaca, pojedinih poslovnih jedinica, ocjenu timskog rada i sl. Međutim, mnogo je razloga zašto kompanije još uvijek ne prihvataju procjenu performansi CEO-a, članova i odbora direktora u cjelini, mada je kvalitet odbora direktora danas postao najvažaniji evaluacioni faktor za institucionalne investitore. Procjena performansi odbora direktora je novijeg datuma i nije još dovoljno raširen

fenomen¹⁴. Procjena i samovrednovanje odbora direktora treba jasno da ukaže na njihovu individualnu i kolektivnu odgovornost, da pruži informacije šta treba mijenjati da bi odbor postao efektivniji, da ukaže da li postoji direktna međuzavisnost između efektivnosti odbora i profita kompanije, i na kraju, da li preduzimanje korektivnih akcija i usavršavanje performansi odbora adekvatno doprinosi poboljšanju ukupnih performansi društva.

Balanced Scorecard (BSC¹⁵) je metod koji se koristi za evaluaciju poslovnih rezultata s više aspekata, a ne samo na osnovu finansijskog. Najčešće se opisuje kao sistem povezanih i uravnoteženih ciljeva, mjera, ciljnih veličina i akcija što upravi omogućuje definisanje konzistentnih planskih aktivnosti kroz cijelu organizaciju do pojedinaca, a time i realizaciju njene vizije i strategije. Obuhvata četiri oblasti: finansijsko-ekonomsku perspektivu (šta očekuju shareholderi), perspektivu korisnika (koji su zahtjevi korisnika), perspektivu internih procesa (koji interni procesi su ključni i koje treba poboljšati ako bi se zadovoljili zahtjevi korisnika), perspektiva učenja i razvoja (kako da se organizacija strukturalno razvija i uči). Ako odbor direktora želi biti efektivan u procjeni performansi CEO, CFO i drugih menadžera, uključujući i članova odbora, oni moraju imati znanja i ovladati alatima ne samo u pogledu finansijskih pokazatelja koji se u osnovi bave prošlošću, nego i u pogledu izbora strategije i ukupnog progressa kompanije koji se postiže ispunjenjem njene strategije.

Ono što se danas smatra srcem korporativnog upravljanja nije pitanje moći, nego pitanje kako proces odlučivanja učiniti efektivnim. Razlog zbog kojeg je nužna reforma korporativnog upravljanja je iznalaženje modela u

¹⁴ Procjene pokazuju da je negdje oko 70% najvećih javnih kompanija u SAD uspostavilo formalni proces ocjenjivanja CEO-a, dok je negdje tek oko jedne četvrtine to isto uradilo kada su u pitanju performanse odbora direktora.

¹⁵ Najčešće se prevodi kao „balansirana lista mjerila“; prvi put su ga predstavili R. Kaplan i D. Norotn u Harvard Business Review „The balanced scorecard: Measures that drive performance“; february, 1992.

kojem će CEO, generalni menadžer i sl., istinski saradivati sa odborom direktora, naslonjeni na inpute koje dobijaju od stejkholdera. U tom smislu prvi korak u procesu usavršavanja “company’s governance system” je redizajniranje uloge direktora, što podrazumijeva: više ekspertize o industriji i finansijama; procedure i sastanci moraju biti usmjereni na nove strategije, a ne jedino na reviziju prošlih događaja; direktori moraju imati bolji pristup informacijama i značajan dio vremena posvetiti kompaniji; bolju formalnu kontrolu performansi menadžmenta, značajnije uključivanje spoljnih direktora, preciznije regulisanje i više odgovornosti prema vlasnicima, i u krajnjem, njihove kompenzacije moraju biti u skladu sa “stock performance”. U tom smislu se razvijena dva modela: 1) prvi, tzv. “*The Managed-Corporation Paradigm*” i 2) drugi, “*The Governed-Corporation Paradigm*”.

„*Managed corporation*“ model javio i bio preovlađujući ranih dvadesetih godina kao logična posljedica disperzovane vlasničke strukture i pojave nove klase menadžera koji se nisu mnogo obazirali na interese vlasnika. Prema ovom modelu, glavni menadžer je odgovoran za vođenje i donošenje odluka. Funkcija odbora direktora je da zapošljava top-menadžment, vrši monitoring njihovog ponašanja, i otpušta ih ako ne zadovoljavaju. Uloga glavnih stejkholdera se sastoji jedino u tome da smijeni bord ako učinak korporacije nije zadovoljavajući. Oni nemaju pristup korporacijskoj politici i u tom pogledu zavise od menadžera i borda.

U modelu „*Governed Corporation*“ fokus nije na kontroli menadžera, nego na usavršavanju procesa odlučivanja, tako da se smanji mogućnost pravljenja grešaka i ubrza proces njihove blagovremene korekcije. Prvi važan korak je uključivanje direktora i vlasnika akcija u proces donošenja odluka. Ovaj proces se zasniva na tri ključne uloge kritičnih grupa: direktori treba da pomažu da donesu najbolje moguće odluke, većinski vlasnici kapitala treba da imaju mogućnost da razgovaraju direktno sa glavnim menadžerima i bordom

direktora oko njihovog mišljenja u pogledu poslovne politike kompanije i sistema odlučivanja. Kada su vlasnici i odbor direktora maksimalni involvirani u formulisanje poslovne politike kompanije, ona je više upravljana (governed) nego što je vođena (managed), budući da sva tri kritična konstituente imaju pravo glasa.

Neka od ključnih obilježja navedenih paradigmi daju se u narednom pregledu:

Paradigma “Managed Corporation”	Paradigma “Governed-Corporation”
Uloga odbora je da zaposli, nadgleda i kada je potrebno smijeni menadžment	Uloga odbora je da podstakne donošenje efikasnih odluka i izbjegne neuspješne politike
Karakteristike odbora direktora	Karakteristike odbora direktora
Dovoljna snaga da se kontroliše CEO i proces evaluacije	Dovoljna stručnost odbora koja omogućava dodatnu vrijednost u procesu donošenja odluka
Da se osigura nezavisno i iskreno ocjenjivanje direktora, kao i da direktori nisu kompromitovani sukobima ili kooptirani od strane rukovodstva	Kreirati podsticaje odbora kojima će se obezbijediti njihova posvećenost stvaranju korporativne vrijednosti
Procedure odbora koje omogućavaju da se ostali direktori i menadžeri ocijene nepristrasno i efikasno	Izgraditi procedure koje podstiču otvorene debate i drže do informisanosti članova odbora, kao i zaštitu interesa akcionara
Politike	Politike
Odvojiti CEO i predsjednika (ili imenovati vodećeg direktora)	Zatražiti posebne ekspertize za oblasti koje moraju biti zastupljene na odboru, kao što je bazna industrija i finansije
Sastanak Odbora bez prisustva CEO	Minimalno vrijeme posvećenosti od 25 dana
Komitet nezavisnih direktora za ocjenu CEO	Široke opcije „paketa“ za nagrađivanje direktore
Nezavisni finansijski pravni savjetnici za vanjske direktore	Utvrđiti kritička pitanja za predloge nove politike
Eksplicitna mjerila za procjenu CEO'c perfromansi.	Uvesti redovne sastanke sa velikim akcionarima
	Odbor direktora je slobodan da zatraži informacije od bilo kog zaposlenog.

Rezime

Polaznu tezu kojom smo menadžment označili najslabijom karikom u procesu korporativnog upravljanja zasnivamo na dosta raširenoj spoznaji da je današnji korporativni svijet, u kontekstu organa upravljanja u najširem smislu tog pojma, zarobljen u „zlatnim lisicama“ biznisa, uz to najčešće vođen vlastitim lukrativnim interesima. Uprkos kontinuiranim „inovacijama“ u sferi zakonskih rješenja, menadžment, kao i sistem korporativnog upravljanja u cjelini se nalaze u dubokoj krizi koja je zadobila globalni karakter. Sa porastom broja korporativnih skandala¹⁶ i finansijskih afera ogromnih razmjera, porastao je i broj zahtijeva da se poboljša dosadašnji sistem korporativnog upravljanja. U tom smislu je sprovedana reforma u sferi finansijskog izvještavanja, kao i u pogledu uloge upravnih odbora, s tim da su se ta poboljšanja sa početnih koraka u američkim korporacijama proširila i na ostatak poslovnog svijeta. U tom smislu se kao jedno od predloženih rješenja preporučuje preorijentacija fokusa sa modela *“The Managed-Corporation Paradigm“* u *“The Governed-Corporation Paradigm“*, čime se postiže maksimalna involviranost i balansirano učešće ključnih konsituenata kompanije u procese formulisanja poslovnih politika.

Ključne riječi: kompanija, menadžment, korporativno upravljanje, odbor direktora, performanse.

¹⁶ Ovih dana nezadovoljni investitori podnijeli su pred njujorškim sudom tužbu protiv vlasnika Facebooka, M. Zakerberga i investicionih kuća Morgan Stenli, Berkliz kapital, Goldman Saks, JPMorgan Čejs i Merill Lynch, navodeći da im uoči javne ponude sredinom maja nisu bili predstavljeni istiniti podaci o predviđenoj zaradi. Facebooku i "Morgan Stenliju" se postavlja pitanja u vezi sa određivanjem početne cijene akcija, dok je "Nasdaq", kao berzanska platforma Facebooka, priznala da je pogrešno organizovala njihovu prodaju. Kontroverzan ulazak na berzu Facebooka imao za posljedicu da je Zukerbeg od početka trgovanja akcijama na berzi Facebooka izgubio 1,5 milijardi dolara (njegovo bogatstvo se smanjilo sa 16,2 na 14,7 milijardi dolara).

Summary

The starting notion in which we defined management as the weakest link in the process of corporate management is based on the wide knowledge about characteristics of corporate word. Actually, here, we take under the consideration management as the widest notion, which includes also the members of board of directors that are captivated by the “gold handcuffs” of the business and they are driven by their own interests. In other words, we may suggest that both management and the process of corporate management, regardless the constant “innovation” in the area of legal actions, are in deep crisis which has gained a global character. The increase in the number of corporate and financial scandals of enormous proportions has resulted in increasing the number of requests to improve the current corporate governance system. In this regard, reform has been implemented in the area of financial reporting, as well as in terms of the role of boards of directors. Considering that, one of the proposed solutions is the reorientation the focus from the model "The Managed-Corporation Paradigm" to "The Governed-Corporation Paradigm", which achieves maximum involvement and balanced participation of key constituents of the company in business policy formulation processes. Therefore, the present work is dealing with this debate.

Key words: Corporation, management, corporate governance, board of directors; performance.

Dr Andreja MIHAILOVIĆ ¹

Luka PRELEVIĆ ²

SKIDANJE KORPORATIVNOG VELA – PROBOJ PRAVNE LIČNOSTI

*“Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento
et iniuria fieri locupletiores”*

*(Opšti je princip pravičnosti da se niko ne obogati
čineći drugom štetu i nepravdu)*

Pomponius – D. 51, 17, 206

Neizbježno je postojao nepregledan okean kontraverzi u pogledu pitanja kada treba skinuti korporativni veo i članove društva, koji se posluže društvom kao marionetom za sopstvene nelegitimne ciljeve, smatrati odgovornim iznad vrijednosti svojih uloga. Institut “probijanja pravne ličnosti” (skidanje korporativnog vela, *piercing/lifting the corporate veil*) proizvod je anglosaksonske sudske prakse iz koje je, putevima pravne transplatacije, prenijet u kontinentalno pravo. U najširem određenju, probijanje pravne ličnosti podrazumijeva sve situacije u kojima je, neka obaveze samog društva dovela do nastanka neposrednog pravnog odnosa između povjerilaca društva i njegovih članova. Nešto uže određenje daju autori koji pod probijanjem pravne ličnosti društva podrazumijevaju sudsko zanemarivanje pravnog subjektiviteta, koje je zloupotrijebljeno nekim aktima odgovornih lica, kako bi ta zloupotreba bila adekvatno sankcionisana. Imajući u vidu specifičnosti pravnog personaliteta pravnih lica, kao subjekta prava čiju volju formulišu i izražavaju njegovi organi, postavlja se pitanje legitimiteta i prirode koncepta probijanja pravne ličnosti u tom kontekstu.

¹ Saradnik na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore.

² Advokat u saradnji sa Karanović&Partners Law Office.

Teorijski osnov

Kao što je poznato, pravo je u početku pravni subjektivitet (izražen kao sposobnost biti nosilac prava i obaveza, preduzimati pravne poslove i odgovorati za svoje radnje) priznavalo isključivo fizičkim licima zauzimajući stav da je samo fizičko lice sposobno za formiranje i izražavanje sopstvene volje. U tom smislu smatralo se da samo ono može posjedovati imovinu i biti nosilac drugih prava i obaveza, zaključivati pravne poslove i biti odgovorno za svoje postupke. Međutim, evolucija prava i društvene stvarnosti dovele su do shvatanja da se određenim zajednicama lica, odnosno kolektivima, mora priznati određeni pravni subjektivitet.³

Još je rimsko pravo prepoznalo potrebu za priznavanjem pravnog subjektiviteta, osim fizičkim licima, i određenim kolektivitetima, pri čemu je poznavalo dve vrste kolektiviteta, tj. zajednica lica: *universitas* i *societas*.

U tom smislu, rimsko pravo je priznavalo pravni subjektivitet isključivo *universitas*-u. U materijalno-pravnom smislu, on je mogao biti nosilac prava i obaveza, istupati prema trećim licima, imao je svoju imovinu, za preuzete obaveze odgovarao je samostalno, a ne putem svojih članova, dok je u procesno-pravnom smislu mogao biti stranka u postupku, odnosno, pojaviti se kao tužilac ili tuženi. Pravni subjektivitet *universitas*-a donosio mu je samostalnost u odnosu na svoje članove, pa je samim tim i promjena njegovih članova bila bez uticaja na njega.

Sa druge strane, *societas* je predstavljao vid obligacionog odnosa između određenog broja fizičkih lica (ortaka), te nije imao pravni subjektivitet, pa time ni sopstvenu imovinu odvojenu od svojih članova. Ortaci su unosili svoju imovinu u cilju ostvarenja i realizacije postavljenog zajedničkog cilja potrebna, pri čemu bi svaki član (ortak) nakon unosa imovine ostajao njen vlasnik.

³ S., Sogorov, Pravo privrednih društava, Novi Sad, 2003, str. 33.

Logična posljedica nepostojanja pravnog subjektiviteta *societas*-a ogledala se i u činjenici da on nije mogao biti stranka u postupku, već su za njegove obaveze odgovarali njegovi članovi.⁴

Međutim, činjenica da su fizička lica kao pravni subjekti dugo vremena bili jedini model pravnog subjektiviteta, udarila je neizbrisiv pečat teorijama o pravnom subjektivitetu pravnih lica. To je očigledno i iz samog naziva pravnog lica, kojom je iskazana njegova potpuna odanost pravnom sistemu kao jedinom tvorcu, za razliku od pravnog subjektiviteta fizičkih lica koje je autonomnog karaktera.⁵ Zato je pravna teorija, pojavu pravnog subjektiviteta pravnih lica, prvenstveno dočekala teorijom negacije.

Teorija negacije ne priznaje pravnom licu svojstvo pravne ličnosti, svodeći ga na prost skup fizičkih lica u njegovom sastavu koji mogu biti jedini nosioci prava i obaveza. Dalja evolucija prava dovela je do priznavanja fiktivnog subjektiviteta pravnim licima (*teorija fikcije*) budući da se smatralo da se samo fikcijom pravnog poretka skup fizičkih lica može smatrati kao jedan pravni subjekt (*figitur una persona*) i to isključivo u pravnotehničkom smislu. Kako je to definisao Savinji: „Jedino je čovjek sposoban da ima volju i da bude subjekt u pravu, a pravno lice stvara zakonodavac kao svoju fikciju“. Bio je to najviši stepen „pravnog sinkretizma“, budući da je predstavljao afirmaciju pravnog subjektiviteta pravnih lica uz istovremenu negaciju, a pravno lice kao personifikaciju kolektiviteta stavljao u okvire pravila koje važe za fizička lica.⁶ Pravo priznanje svojstva pravne ličnosti pravnih lica uslijedilo je tek putem *teorije realnosti* koja pravna lica tretira kao društvenu stvarnost koja se kao takva mora uvažiti. Razlog za ovo priznanje pravnog subjektiviteta leži u imovinskoj samostalnosti.

⁴ S., Knežević, Organi akcionarskog društva, Novi Sad, 2016, str. 7-8.

⁵ R., Kovačević-Kuštrimović, Prilog teoriji pravnih lica, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 29, Niš, 1989, str. 145-146.

⁶ ibid, str. 146.

Za privatno pravo, u kojem se pravni promet odvija putem suočavanja imovine kao „izvorišta i utočišta“ pravnih odnosa, taj atribut je opredeljujući. Iz tog razloga, pravni poredak priznaje svojstvo subjekta prava pravnim licima, a to što iza njihovog subjektiviteta ne stoji pojedinac već kolektiv može otvoriti samo pitanje „asimilacije“ volja pojedinaca koji su u njihovom sastavu, tj. formiranje jedinstvene volje u smislu ugovornog prava.⁷

Karakteristike pravnog subjektiviteta pravnih lica

Dakle, iako pravno lice nije živo biće, već društvena tvorevina koju pravni poredak tretira kao jedinstvenu cjelinu različitu od fizičkih lica koja su u njegovom sastavu. To podrazumijeva da pravno lice posjeduje sopstvenu pravnu, poslovnu i deliktnu sposobnost. Pod pravnom sposobnošću pravnog lica smatra se da ono može biti samostalni titular prava i obaveza, na isti način kao i fizička lica (izuzev onih koja su po svojoj prirodi imanentna isključivo fizičkim licima).

Međutim, u pogledu poslovne, a naročito deliktne sposobnosti ispoljavaju se razlike u subjektivitetu pravnih u odnosu na fizička lica.

Kao što je poznato, poslovna sposobnost podrazumijeva mogućnost preduzimanja punovažnih pravnih poslova, tj. sposobnost proizvođenja pravnih posljedica putem izjava volje. Budući da pravno lice kao neživo biće ne može imati svijest i izražavati pravnorelevantnu volju, taj imanentni hendikep se može nadomjestiti samo putem instituta zastupništva, što podrazumijeva da pravno lice može formulisati i izjaviti volju samo preko svojih organa. Ipak, nedostatak „fizičkog“ supstrata pravnog lica, najočigledniji je na primjeru deliktne sposobnosti, kao odgovornosti za štetu koju prouzrokuje.

⁷ ibid, str. 149.

Naime, pravno lice nije u stanju da preduzme radnju kojom šteta može biti prouzrokovana, ali sa druge strane, ali to mogu da učine fizička lica koja istupaju u svojstvu njegovih članova. Ipak, posljedica pravnog subjektiviteta je da će se ta radnja pripisati pravnom licu, tako da će ono biti odgovorno za štetu koja je prouzrokovana tom radnjom. Imajući to u vidu, može se reći da odvojenost imovine pravnog lica predstavlja svojevrsnu beneficiju koju pravni poredak priznaje njenim članovima, koja proizlazi iz pravne samostalnosti pravnih lica i reflektuje se na pravni tretman obaveza pravnog lica. U pozadini tog tretmana nalaze se razlozi pravno-političke prirode, tj. intencija društva i države za ostvarivanjem privrednog razvoja. U tom smislu, odgovornost pravnog lica pruža njegovim članovima izvjesnost u pogledu sopstvenog rizika, budući da je privrednim aktivnostima imanentan određeni rizik izražen u potencijalnim negativnim finansijskim efektima, koji mogu proizaći kao posljedica neuspješnih poslovnih poduhvata.⁸ Na taj način *ratio legis* postojanja priznavanja subjektiviteta pravnim licima je makroekonomski diktat da se privrednim subjekatima kao kreatorima nove ekonomske vrijedosti i nosiocima privrednog razvoja omogućí određeni stepen zaštite pred spektrom neizvjesnosti tržišta.

Doktrina ograničene odgovornosti

(„*limited liability*“)

Navedena odvojenost pravnog subjektiviteta društva od članova otvara mogućnosti za skrivanjem članova iza pravne individualnosti društva i postizanjem ličnih ciljeva bez straha od lične odgovornosti za odnose sa trećim licima. Takvo narušavanje ravnoteže sticanja koristi i snošenja posljedica

⁸ J. Milosavljević, Probijanje pravne ličnosti, Glasnik prava Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2018.; dostupno na: <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/2216.htm> (datum pristupa: 5. oktobar 2020.); A. Mihailović, Derivatívna tužba, Beograd, 2020, str. 110-113.

vezanih za njih najpre se uočilo kod društava kapitala sa samo jednim članom, a kasnije i kod drugih društava.⁹ Iz tog razloga je pitanje ograničene odgovornosti („*limited liability*“) postalo jedno od najkontroverznijih pitanja korporativnog prava. Dok mnogi pravni teoretičari vjeruju da je ograničena odgovornost podsticajna privilegija, određen broj njih se protivi takvoj privilegiji kao nepravednoj prema povjeriocima i pozivu na prevarno postupanje onih koji posluju u subjektima sa ograničenom odgovornošću.¹⁰

Prvobitne obrise današnjeg načela ograničene odgovornosti možemo naći u rimskom pravu u institutu noksalne odgovornosti i tužbama *actiones adiecticiae qualitatis*.¹¹ Do pojave noksalna odgovornosti i ovih tužbi došlo je kroz posljedicu statusno-pravnog položaja lica *alieni iuris* koja nisu posjedovala pravnu sposobnost i za štetu koju pričine trećim licima noksalno je odgovarao *pater familias* pod čijom vlašću žive, kao lice *sui iuris*. U tom smislu, sličnost između noksalne odgovornosti i savremenog načela ograničene odgovornosti se ogledala u tome što rimsko pravno nije priznavalo *alieni iuris* kao pravne subjekte odgovorne za obaveze onog lica pod čijom vlašću žive. *Prima facie* taj štit od odgovornosti je upravo ono što predstavlja ključnu karakteristiku savremenog načela ograničene odgovornosti. Kasnije se u srednjovjekovnim italijanskim gradovima razvio institut komende, kao ugovorni odnos između investitora i pomorskog trgovca kada investitor nije mogao zahtijevati od pomorskog trgovca da mu vrati novac u slučaju da brod ili teret pretrpe štetu uslijed više sile.¹² Ovako limitirana odgovornost pomorskog trgovca je predstavljala sličnu beneficiju koju danas daje načelo ograničene odgovornosti¹³,

⁹ J. Barbić, Odgovornost članova za obveze društva kapitala, RRiF, br. 9/09., 2009, str. 143.

¹⁰ L. E. Ribstein, Limited Liability and Theories of the Corporation, Maryland Law Review, vol. 50, br. 1, str. 81.

¹¹ E. Stanković, S. Vladetić, Rimsko pravo, Kragujevac, 2014, str. 111.

¹² M. Pavlović, Razvitak prava, Kragujevac, 2014, 127.

¹³ J. Milosavljević, op. cit.

kao kamen temeljac savremenog kompanijskog prava koji učesnicima u poslovnom poduhvatu pruža konačnu granicu gubitaka koje mogu pretrpjeti u slučaju neuspješnog poslovanja.¹⁴

Doktrina ograničene odgovornosti uslijedila je kao reakcija na dotadašnju praksu Ujedinjenog Kraljevstva da se kompanija može osnovati samo putem posebnih odluka Parlamenta ili kraljevskih povelja uz uslov postojanja legitimnog javnog interesa koji bi opravdao to osnivanje. Prvi korak koji je značio raskid sa takvom praksom uslijedio Zakonom o privrednim društvima iz 1862. godine koji je propisao da će se društvo koje je registrovano u skladu sa zakonom smatrati posebnim subjektom prava. Nakon toga, 1897. godine je u predmetu *Salomon v A. Salomon Co&Ltd.*¹⁵ utvrđen čuveni princip „korporativnog vela“ po kojem je društvo zaseban pravni entitet u potpunosti različit od svojih članova i koji je najviše doprinio afirmaciji pravnog subjektiviteta privrednih društava, ali i ukazao na mogućnost njegove zloupotrebe.

Probijanje pravne ličnosti

Naime, uprkos odvojenosti pravnog subjektiviteta, faktički poslovanje pravnog lica se uvijek obavlja u korist nekih pojedinaca, kao stvarnih korisnika korporativnih prednosti. Iz tog razloga ljudska domišljatost je vremenom počela otvoreno koristiti veo korporativne ličnosti kao štit za prevarno ili

¹⁴ A. Mucha, *Piercing V. Lifting the Corporate Veil: Prest Decision in the Light of the Economic Analysis of the Company's Limited Liability*, Instytut Allerhanda, br. 19, 2017, str. 5

¹⁵ Doktrina koja je iznijeta u predmetu *Salomon v A Salomon Co&Ltd* zahtijeva naročito pažnju. „Na ličnost društva sa ograničenom odgovornošću često je bacan veo i nerijetki su slučajevi u kojima su sudovi uspješno odoljeli iskušenju da ga podignu. Ali budući da se fikcija ne može dovesti do neprirodnih granica, sudovi mogu i često povlače veo skidajući masku kako bi vidjeli šta se zaista krije ispod nje“. *Lifting of the Corporate Veil*, dostupno na: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/business-law/article-on-lifting-of-the-law-essays.php?vref=1> (datum pristupa: 3.11.2020.)

nelegitimno ponašanje. Nesalomljivost subjektiviteta pravnih lica dovela je do niza zloupotreba koje su rezultirale značajnim gubicima za investitore i kreditore raznih. Stoga su američki sudovi počeli da shvataju da doktrina ograničene odgovornosti ne bi trebalo da predstavlja nepregledan blagoslov jer ide protiv prirodne pravde. Iz tog razloga, postalo je neophodno da se podigne korporativni veo i da se sagleda stvarnost ispod njega.¹⁶ Tako su sudovi, pozivajući se u početku na opšta pravna načela savjesnosti i poštenja i zabrane zloupotrebe prava¹⁷, kreirali pravni institut poznat pod slikovitim nazivom „probijanje vela pravne ličnosti“, čija je primjena naročito zapažena kod jednočlanih društava, tzv. „fasadnih društava“ i povezanih (matičnih i zavisnih) društava.¹⁸ Uprkos hrabrom pokušaju mnogih jurisdikcija da se napravi jasan i opšti kompas sudijama kada treba da probiju pravnu ličnost društva¹⁹, sudovi se ipak nerado odlučuju za probijanje korporativnog vela, ali to mogu učiniti kada se društvo koristi za izbjegavanje jasnih zakonodavnih ciljeva ili kada je to potrebno da se zaštite i ostvare prava trećih lica. Korporativni veo malih i zatvorenih društava takođe može biti probijen kada se ustanovi da je društvo *alter ego* nekog pojedinca i ako je takvo proširenje odgovornosti u interesu obezbjeđivanja pravične odluke po tužbi. Sudovi se obično odlučuju na probijanje korporativnog vela samo u cilju sprečavanja nepravde ili prevare, ali u praksi se najčešće uzimaju u

¹⁶ Lifting or Piercing of Corporate Veil, Circumstances in which court can lift the veil, dostupno na: <https://accountlearning.com/lifting-piercing-corporate-veil-circumstances-court-can-lift-veil/> (datum pristupa: 3.11.2020. god)

¹⁷ Njemačka pravna nauka razvila je nekoliko teorija u pogledu pitanja pravnog subjektiviteta (Durchgriffshaftung bei der GmbH): a) teoriju subjektivne zloupotrebe prava prema kojoj se govori o proboju pravne ličnosti u slučaju da se koristi za ostvarenje tzv. „nedopuštenog cilja“ (pri čemu se ne traži kategorizacija u smislu mala fide); b) teoriju cilja pravne norme prilikom koje se ispituje da li bi u konkretnom slučaju primjena zakonskog načela o odvojenim pravnim ličnostima člana i društva bila zasnovana. S. Gongeta, Društvo sa ograničenom odgovornošću – razvoj i perspektive prema evropskom zakonodavstvu, Novi Sad, 2017, str. 193.

¹⁸ D. Radonjić, Pravo privrednih društava, Podgorica, 2008, str. 32.

¹⁹ K. Okafor, An Anatomy of the Grounds of Lifting the Corporate Veil: Steps to Codification, International Journal of Family Business and Management, br. 3(2), 2019, str. 1-11.

razmatranje i drugi faktori. Na primjer u američkoj sudskoj praksi to su: neodgovarajuće ili nepotpuno osnivanje, miješanje imovine društva i akcionara, propuštanje da se slijede zakonske formalnosti, propuštanje održavanja redovnih sjednica skupštine akcionara i odbora direktora, neadekvatna kapitalizacija.²⁰

U slučaju probijanja pravne ličnosti društva, društvo i njegova imovina su, slikovito rečeno, “igračka u rukama člana”, a od društva se pravi privid društva (prividno društvo), jer ovakvo društvo predstavlja samo spoljašnju formu prema povjeriocima, dok se u stvarnosti članovi društva skrivaju ispod “plašta” (“vela”) pravne ličnosti društva. Ovakvo društvo u odnosu na članove koji ga zloupotrebljavaju nema svoju autonomiju volje, sposobnost i slobodu poslovnog odlučivanja niti svoju imovinu, kapital i finansijska sredstva, koji karakterišu društvo koje posluje u skladu sa zakonom radi ostvarenja legitimnih poslovnih interesa i poslovnog cilja. Treba istaći i da, kada se radi o povezanim društvima, matično društvo može probiti pravnu ličnost zavisnog društva.²¹

Pozitivnopravni okvir

Zakon o privrednim društvima²² u članu 12 propisuje da kada jedan ili više komanditora, članova društva sa ograničenom odgovornošću ili akcionara zloupotrijebe okolnost da nijesu odgovorni za obaveze komanditnog društva, društva sa ograničenom odgovornošću ili akcionarskog društva, njihovu solidarnu i neograničenu odgovornost za obaveze tih društava može da utvrdi nadležni sud. Zakonodavac taksativno propisuje da će se zloupotrebom ograničene odgovornosti smatrati slučajevi kada komanditor, član društva

²⁰ D. Radonjić, op. cit., str.33.

²¹ Biznis i finansije, Probijanje pravne ličnosti: Zašto su uhvatljivi, ipak, nedodirljivi?, dostupno na: <https://bif.rs/2014/04/probijanje-pravne-licnosti-zasto-su-uhvatljivi-ipak-nedodirljivi/> (datum pristupanja: 01. 11. 2020. god.)

²² čl. 12, Zakon o privrednim društvima („Sl. list CG”, br. 65/2020)

sa ograničenom odgovornošću ili akcionar: 1) iskoristi društvo za postizanje cilja koji mu je zabranjen; 2) koristi društvo ili njegovu imovinu na štetu povjerilaca društva; 3) protivno zakonu upravlja ili raspolaže imovinom društva; 4) radi sticanja koristi za sebe ili treća lica umanju imovinu društva, iako je znao ili morao znati da društvo neće moći izvršavati svoje obaveze. Ukoliko je imovina društva korišćena na štetu njegovih povjerilaca, povjerilac društva čije je potraživanje dospjelo može podnijeti tužbu radi naplate potraživanja protiv odgovornih lica nadležnom sudu, u roku od šest mjeseci od dana saznanja za zloupotrebu, a najkasnije u roku od tri godine od dana zloupotrebe, pri čemu podnošenje tužbe ne utiče na pravo povjerilaca da naplatu potraživanja izvrše na drugi način, u skladu sa zakonom. U slučaju da potraživanje povjerioca nije dospjelo u trenutku saznanja za učinjenu zloupotrebu, rok od šest mjeseci počinje da teče od dana dospijeca potraživanja.

Za razliku od važeće legislative, prethodni Zakon o privrednim društvima²³ predviđao je drugačiji režim zloupotrebe svojstva pravnog lica. Naime, sud je mogao utvrditi neograničenu odgovornost jednog ili više vlasnika u slučaju akcionarskog društva ili društva sa ograničenom odgovornošću, kao i komanditora u slučaju komanditnog društva, kada postoji zloupotreba ograničene odgovornosti ili teža povreda odredaba o akcionarskom društvu, društvu sa ograničenom odgovornošću ili komanditnom društvu, pri čemu se teža povreda odredaba odnosila na: 1) miješanje imovina, odnosno sredstava vlasnika i društva; 2) lažnu ili prevarnu registraciju; 3) propuštanje vođenja propisane evidencije; 4) propuštanje i dostavljanja podataka Centralnom registru privrednih subjekata, kao i na 5) neadekvatnu kapitalizaciju ili osiguranje, koji ne odgovaraju stepenu rizika u vezi sa djelatnošću određenog društva.

²³ čl. 4, Zakon o privrednim društvima („Sl. list RCG“ br. 6/2002 i „Sl. list CG“ br.17/2007, 80/2008, 40/2010, 36/2011 i 40/2011).

Imajući u vidu citirane pozitivnopravne i prethodno važeće zakonske odredbe, to nesporno proizilazi da je važećim zakonom proširena mogućnost da se utvrdi zloupotreba svojstva pravnog lica. Ovo, iz razloga što uslovi za utvrđivanje zloupotrebe svojstva pravnog lica, iako taksativno navedeni, mogu se ekstenzivno tumačiti jer njihov domet nije precizno uređen. Naime, na sudu je da ocijeni da li je društvo korišćeno za postizanje cilja koji mu je zabranjen.

Zloupotreba ograničene odgovornosti je od suštinskog značaja u odnosu na treća lica, a ovaj institut zaštite povjerilaca ima za cilj da zaštiti povjerioce ne samo za slučaj postojanja društva, nego naročito u slučaju njegovog prestanka putem stečaja kada se evidentno ispoljava da je imovina nedovoljna za namirenje povjerilaca, na koji se način u slučaju zloupotreba ograničene odgovornosti utvrđuje neograničena odgovornost vlasnika. Na osnovu zakonske formulacije može se zaključiti da su istaknuti osnovi navedeni *exempli causa* kao tipični slučajevi, pri čemu je izvjesno očekivati da i drugi vidovi zloupotrebe svojstva pravnog lica koji su dokazane od strane povjerioca – tužioca za rezultat mogu imati primjenu instituta probijanje pravne ličnosti i odgovornost članova društva sopstvenom imovinom.²⁴ Naime, prvi element koji proizlazi iz ovako određenog pozitivnopravnog okvira probijanja pravne ličnosti je zloupotreba prava. Prema objektivnoj teoriji pod zloupotrebom prava podrazumijeva se svako vršenje prava protivno njegovoj namjeni i cilju, dok subjektivna teorija zloupotrebu prava određuje u užem značenju kao - vršenje prava sa namjerom da se drugom nanese šteta. Kako je Zakonom o obligacionim odnosima propisano da je zabranjeno vršenje prava iz obligacionih odnosa protivno cilju zbog kog je ono ustanovljeno ili priznato, evidentno je da se crnogorski zakonodavac opredijelio za

²⁴ Pawleski law, Probijanje pravne ličnosti, dostupno na: <https://pawleski-law.rs/uncategorized/probijanje-pravne-licnosti/> (datum pristupanja: 15.10.2020. god.)

objektivnu teoriju zloupotrebe prava.²⁵ Konkretna posljedica koja proizlazi iz prihvatanja objektivne teorije zloupotrebe prava se ogleda u značajnom olakšavanju njegovog dokazivanja. Prema subjektivnoj teoriji, koja je određena kao vršenje prava sa namjerom da se drugome nanese šteta značajno se otežava se proces dokazivanja jer se oštećenom stavlja na teret dokazivanje kauzaliteta između vršenja prava i nastale štete, a zatim i namjere štetnika za prouzrokovanjem štete („đavolsko dokazivanje“, *probatio diabolica*). Upravo je to uslovalo da se u savremenim pravnim sistemima teret dokazivanja (*onus probandi*) krivice prebaci na štetnika. Na osnovu navedenog se može izvesti zaključak da je probijanje pravne ličnosti akcesorno u odnosu na zloupotrebu prava. Naime, nema probijanja pravne ličnosti bez zloupotrebe prava. Zloupotreba načela ograničene odgovornosti će postojati onda kada članovi privrednog društva namjerno ili uslijed nepažnje koriste pravni subjektivitet privrednog društva i ograničenu odgovornost članova protivno svrsi i cilju, a pod uslovom da su time prouzrokovali štetu povjeriocima.²⁶

Treba istaći da je i krug pasivno legitimisanih lica značajno varirao u prethodnim zakonskim rješenjima. Zakon o preduzećima iz 1988. godine koji je uveo institut probijanja pravne ličnosti u naš pozitivnopravni okvir, rezervisao je pasivnu legitimaciju isključivo za vlasnike jednočlanih privrednih društava.²⁷ Zakonom o preduzećima iz 1996.²⁸, pasivna legitimacija je proširena i na osnivače, članove i akcionare, članove uprave i izvršnog odbora direktora, dok je

²⁵ čl. 6. Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list CG", br. 47/2008, 4/2011 - dr. zakon i 22/2017)

²⁶ O. Stanković, V. Vodinelić, Uvod u građansko pravo, Beograd, 2007, str. 222-223.; J., Milosavljević, op. cit.

²⁷ Ako jedini deoničar deoničkog društva, jedini član društva sa ograničenom odgovornošću ili jedini vlasnik privatnog preduzeća svojim radnjama ili miješanjem svoje imovine i imovine preduzeća stvara kod drugih privid privrednog identiteta sa preduzećem odgovara povjeriocima za obaveze preduzeća neograničeno solidarno.; čl. 140a, Zakon o preduzećima ("Sl. list SFRJ", br. 77/88, 40/89, 46/90 i 61/90 i "Sl. list SRJ", br. 24/94 - dr. zakon).

²⁸ čl. 54, Zakon o preduzećima („Sl list SRJ“, br. 29/96).

Zakonom o privrednim društvima iz 2004. godine ona sužena na komanditore, članove društva sa ograničenom odgovornošću i akcionare²⁹, što odgovara i aktuelnom rješenju. Na osnovu toga proizilazi jasno opredeljenje zakonodavca da odgovornost članova upravnog i izvršnog odbora tretira drugim institutima, poput fiducijarnih dužnosti, kojima se postiže optimalniji efekat kada je u pitanju ova kategorija lica.

Sudska praksa

Tokom perioda važenja prethodnog Zakona o privrednim društvima podnošenje tužbi po osnovu probijanja vela pravne ličnosti nije bio učestali pojava oblik. Naime, predmeti koji je Privredni sud Crne Gore kao stvarno i mjesno nadležan rješavao, uglavnom su se odnosili na probijanje pravnog vela uslijed raspolaganja imovinom društva članovima porodice osnivača. Takvi slučajevi su uglavnom za epilog imali odbijanje tužbenog zahtjeva kao neosnovanog. Kao ilustrativni primjer navodimo sledeći slučaj:

„Privredni sud Crne Gore, u pravnoj stvari tužioca M. Nj. protiv tuženih: 1.B. V., 2. A. V., radi utvrđenja i naknade štete, nakon održane glavne javne rasprave od 21.03.2017.godine u prisustvu punomoćnika parničnih stranaka, dana 18.04.2017.godine, donio je presudu kojom se usvaja zahtjev tužioca i utvrđuje neograničena odgovornost prvotuzene B. V. i drugotuzenog A. V. iz, za nastalu štetu prema tužiocu “M.”

Iz obrazloženja: ...“Kod zakonske definicije iz čl.4 ZOPD, i pomenutih uslova postavlja se pitanje koje su to teškoće sa kojima se susreću povjerioci “zloupotrebljenih” društava, a koje društvo samostalno preduzima, sa kojima tužilac, kao oštećeni povjerilac nije upoznat ili nije mogao biti upoznat, budući da je u konkretnom za postupak da je DOO “H” brisan nakon sprovedenog postupka dobrovoljne likvidacije, saznao

²⁹ čl. 15, Zakon o privrednim društvima („Sl. glasnik RS“, br. 125/04).

kada je pokušao bezuspješno da ostvari svoje potraživanje prema društvu. Tužilac, kao povjerilac "H." nije učesnik pravnih poslova i radnji kojima se vrši zloupotreba iz čl.4 ZOPD.

Dakle, prvotužena kao vlasnik likvidirane firme koja je bila dužnik prema tužiocu, je u postupku likvidacije dana 16.11. 2012. godine izjavila da nema neizmirenih obaveza, iako je znala za postojanje obaveze prema povjeriocu kao tužiocu, dok je tuženi drugog reda koji je bio osnivač i suvlasnik društva i izvršni direktor u vrijeme kada je podnijeta tužba ovdje tužioca protiv društva - P.br.1129/10 dana 26.11.2010. godine, najprije dana 31.01.2011. godine razriješen dužnosti izvršnog direktora da bi osnovao novo društvo na koje je već u februaru 2011. godine prenijeto poslovanje butika DOO "H.", dok je dana 07.06.2011. godine istupio iz ovog društva kao osnivač.

Prednje radnje tuženih, odnosno netačne izjave da ne postoje neizmirene obaveze date od prvotužene što nije odgovaralo stvarnom činjeničnom stanju, i miješanje imovine osnivanjem od strane drugotuženog novog društva, koji su znali za obaveze prema tužiocu, predstavljaju probijanje pravne ličnosti i prava tužioca da tužbu usmjeri prema osnivačima dužničke firme.

Sa naprijed izloženog uspostavljena je veza, podignut pravni veo sa pravne ličnosti društva, i uspostavljena odgovornost prvo i drugotuženog – kao članova društva za njegove obaveze, pa je sud imajući u vidu sve naprijed obrazloženo, te čl.4 st 1 i st.2 Zakona o privrednim društvima, usvojio zahjev tužioca na način iz izreke presude.³⁰

Imajući u vidu da je novi Zakon o privrednim društvima stupio na snagu 11.07.2020. godine, to za sada ne postoji sudska praksa na osnovu navedenog zakona. U ovom trenutku

³⁰ Presuda Privrednog suda Crne Gore, poslovne oznake P.br.1259/16-13 od 18.04.2017.godine. Navedena presuda je potvrđena od strane Apelacionog suda Crne Gore presudom Pž.br. 722/2017. od 01.02.2018. godine.

nije moguće sa određenim stepenom izvjesnosti anticipirati moguće ishode u budućim postupcima, obzirom da u velikoj mjeri probijanje vela pravne ličnosti zavisi od ocjene suda. Naravno, na tužiocu je da svoju poziciju u postupku učini povoljnom, na način što će priložiti odgovorajuće dokaze kojima se potvrđuju uslovi za skidanje vela pravne ličnosti, a koji dokazi nesporno moraju biti praćeni detaljnim obrazloženjem. Ovo, iz razloga što ponekad ni sami dokazi nisu dovoljni za donošenje pravilne i na zakonu zasnovane odluke, obzirom na to da se isti moraju cijeniti ne samo pojedinačno, već i u svojoj sveobuhvatnosti sa ciljem stvaranja sudu jasne slike u pogledu činjeničnog stanja. Upravo takav pravni pristup pretpostavlja mogućnost da sud adekvatno primijeni materijalno pravo.

Zaključak

Uvođenje privatnog kapitala u privredne tokove otvorilo je vrata brojnim mogućim zloupotrebama društva u korist osnivača, odnosno vlasnika istog, te je tako i nastala potreba za uvođenjem instituta probijanja pravne ličnosti kao odbrambenog mehanizma.³¹ Uprkos naglašenoj potrebi za obezbjeđenjem dodatne zaštite povjericaca u situacijama kada je društvo samo paravan za ostvarivanje privatnih ciljeva svojih članova, institut probijanja pravne ličnosti prošao je trnovit evolutivni put praćen oštrom pravnom argumentacijom protiv njegove primjene.

Naime, široko postavljeni standardi na osnovu kojih se vrši proboj pravne ličnosti ostavljaju veliki prostor za diskreciono postupanje sudija. Iz tog razloga je u posljednje vrijeme primjetan trend da se ovaj institut preciznije uredi sa što više detalja i njegovi okviri postave što uže. Međutim, postoji realna opasnost da takva zakonodavna tehnika može

³¹ Probijanje pravne ličnosti, dostupno na: <https://advokatskafirmasajic.com/blog/bs/probijanje-pravne-licnosti/> (datum pristupanja: 01.11.2020. god.)

obesmisлити postojanje ovog instituta. Naime, institut proboja pravne ličnosti je kreacija sudske prakse i u svakoj konkretnoj situaciji ga oblikuje činjenični sklop konkretnog slučaja. Iz tog razloga zakonski domašaj treba svesti isključivo na definisanje njegovog okvira, jer ono što čini smisao ovog instituta je činjenična baza koja treba da slijedi te okvire, a koju će u svakom konkretnom slučaju utvrditi sud cijeneći sve okolnosti.³² Uprkos izvjesnom stepenu arbitrarnosti koji je imanentan njegovoj prirodi, kao svojevrsnog izuzetka u odnosu na koncept ograničene odgovornosti određenih formi privrednih društava, institut probijanja ne predstavlja ništa drugo do „pravni lijek“, odnosno korektiv u slučaju njegove zloupotrebe. Ono čemu svakako treba težiti jeste da se razlozi probijanja pravne ličnosti omeđe ujednačenim pravnim standardima kako se probijanju ne bi pristupalo proizvoljno i samovoljno, bez odredivih i ustaljenih mjerila. U suprotnom njegova primjena bi vodila pravnoj nesigurnosti, jer i prevelika doza pravičnosti od onih koji pravo primenjuju može voditi nepravičnim rješenjima.³³

Iz navedenog proizilazi da je institut probijanja pravne ličnosti hrabar pokušaj sprječavanja zloupotrebe prava uklaňanjem zida pravnog subjektiviteta društva i ulaskom na teren neograničene odgovornosti njegovih članova. Kao nasušni korektiv i izraz potrebe dovođenja u sklad pravnog i faktičkog stanja, on omogućava da doktrina ograničene odgovornosti ostaje i dalje kamen temeljac kompanijskog prava, ali ne i prepreka njegovog razvoja.

³² A. Minović, M. Matović, Institut probijanja pravne ličnosti i njegova primjena prilikom proširenja arbitražnih sporazuma/klauzula na nepotpisnice, *Pravo i privreda*, br. 4-6, 2012, str. 197.

³³ S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1995, str. 14; M. Radović, *Probijanje pravne ličnosti u stečajnom postupku*, Beograd, 2017, str. 44.

Summary

Inevitably there was a vast ocean of controversy on the issue of when to remove the corporate veil and the members of society, who utilize society as a puppet for their own illegitimate objectives, hold accountable above the value of their roles. The institute of “piercing the corporate veil” is a product of Anglo-Saxon court practice from which, through legal transplantation, it was transferred to continental law. In the broadest sense, the penetration of a legal entity implies all situations in which, some obligation of the company itself led to the emergence of a direct legal relationship between the creditors of the company and its members. A somewhat narrower definition is given by the authors who, by breaking through the legal personality of the company, imply judicial neglect of legal subjectivity, which has been abused by some acts of responsible persons, in order to adequately sanction this abuse. Having in mind the specifics of the legal personality of legal entities, as a subject of law whose will is formulated and expressed by its bodies, the question of the legitimacy and nature of the concept of breaking through a legal entity in that context arises.

Key words: lifting/piercing the corporate veil, limited liability, legal entities.

Prof. dr Vesna SIMOVIĆ-ZVICER ¹

POMIRENJE PROFESIONALNIH I PORODIČNIH OBAVEZA PREMA NOVOM ZAKONU O RADU²

Shodno Ustavu Crne Gore, država jemči ravnopravnost žene i muškarca i razvija politiku jednakih mogućnosti (član 18). Posebna zaštita žena na radu u novom Zakonu o radu, za razliku od ranije važećih rješenja podrazumijeva samo zaštitu u odnosu na njenu funkciju materinstva i potrebu za pomirenjem profesionalnih i porodičnih obaveza, dakle ne i u odnosu na fizičke osobine žene. Nova rješenja su usklađena s onim što je tendencija u dokumentima Evropske unije, što je u duhu načela o jednakosti šansi i postupanja, na kojem se temelje evropski standardi u oblasti radnih odnosa. Novi Zakon o radu je usklađen i sa Direktivom 2010/18 – o roditeljskom odsustvu, na način što se po prvi roditeljsko odsustvo definiše kao individualno pravo svakog roditelja, što znači da ovo pravo mogu koristiti oba roditelja, po pravilu u jednakim djelovima. Osim navedenih prava, u radu je dat pravni osvrt i uvojiteljsko odsustvo, kao i na hraniteljsko odsustvo – koje predstavlja nov institut u našem pravnom sistemu.

Posebna zaštita žena u toku trudnoće

Novi Zakon o radu je u duhu standarda evropskog komunitarnog prava³ predviđa posebnu zaštitu žena samo u

¹ Profesor radnog prava na Univerzitetu Crne Gore

² Rad predstavlja prilagođen izvod iz „Komentara Zakona o radu“, autorke Vesna Simović-Zvicer, Centar za radno i poslovno pravo, Podgorica, 2020.

vezi s trudnoćom i materinstvom, dok za razliku od ranije važećih rješenja, u ostalim slučajevima nije predviđena zabrana obavljanja naročito teških poslova, radova pod zemljom ili pod vodom⁴. Posebna zaštita žene s obzirom na funkciju materinstva proizlazi iz potrebe za pomirenjem profesionalnih i porodičnih obaveza i ona obuhvata: zaštitu u postupku zasnivanja radnog odnosa; zaštitu u toku trajanja radnog odnosa; i zaštitu u pogledu prestanka radnog odnosa.⁵

Osnovni razlog diskriminacije žena prilikom zasnivanja radnog odnosa jeste namjera poslodavca da izbjegne moguće troškove usljed trudnoće (u slučaju održavanja trudnoće), teškoće u traženju privremene zamjene za odsustvo zapošljene usljed trudnoće i porođaja, kao i obaveze da obezbijedi dodatan korpus prava koja su predviđena za ženu u slučaju trudnoće i posebne njege djeteta. Zakon o radu u članu 121 predviđa da poslodavac ne može odbiti da zaključi ugovor o radu sa trudnom ženom, niti ti joj zbog trudnoće, rođenja ili dojenja djeteta može ponuditi izmjenu ugovora o radu pod nepovoljnim uslovima. Osim toga, predviđeno je da poslodavac ne može uslovljavati zasnivanje radnog odnosa dokazom o trudnoći (test o trudnoći, nalaz krvi ili sl.). Međutim, ovaj izuzetak treba usko tumačiti, odnosno njegovu primjenu vezivati samo za slučajeve zasnivanja radnog odnosa na određeno vrijeme, čije trajanje je kraće od perioda trudnoće. U suprotnom, široko tumačenje ove norme ne bi bilo prihvatljivo s aspekta zaštite žena od diskriminacije. Ovo iz razloga što bi u ovim slučajevima štetnost uslova rada po zdravlje žene i djeteta bila vremenski

³ Evropsko komunitarno pravo je nastalo u okviru Evropske unije, a evropsko nekomunitarno pravo u okviru Savjeta Evrope. Opširnije videti: B. Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica, 2004.

⁴ Zakon o radu iz 2008. godine je predviđao da zapošljena žena i zapošljeni mlađi od 18 godina života ne mogu da rade na radnom mjestu na kojem se pretežno obavljaju naročito teški fizički poslovi, radovi pod zemljom ili pod vodom, niti na poslovima koji bi mogli štetno i s povećanim rizikom da utiču na njihovo zdravlje i život.

⁵ Opširnije videti: V. Simović, *Položaj žena u pogledu ostvarivanja prava iz radnog odnosa*, Pravne norme u vremenu i prostoru, Beograd, 2012 (knjiga br.2), ISBN: 978-86-6083-022-9, str. 291 – 313.

ograničena – u toku trajanja trudnoće, dok bi istekom tog perioda žena mogla nesmetano da nastavi s radom na tom radnom mjestu⁶.

Ovo iz razloga što bi u ovim slučajevima štetnost uslova rada po zdravlje žene i djeteta bila vremenski ograničena – u toku trajanja trudnoće, dok bi istekom tog perioda žena mogla nesmetano da nastavi sa radom na tom radnom mjestu. Stoga smatram da ukoliko bi se radilo o zasnivanju radnog odnosa na neodređeno vrijeme na radnom mjestu na kojem zbog uslova rada postoji rizik po zdravlje žene i djeteta, poslodavac ne bi mogao da odbije zaključivanje ugovora o radu sa trudnom ženom. Poslodavac ne može tražiti bilo kakve podatke o trudnoći niti može da uputi drugo lice da ih traži, osim ako zapošljena lično zahtijeva određeno pravo predviđeno zakonom ili drugim propisom. Ova pitanja spadaju u domen privatnosti zapošljene, te poslodavac ne može tražiti da se o njima izjašnjava, kako u postupku zasnivanja radnog odnosa, tako ni nakon zasnivanja radnog odnosa. Međutim, zapošljena može iznijeti podatke o trudnoći ukoliko ima interes za tim u toku trajanja radnog odnosa (npr. kako bi ostvarila neko pravo nakon zasnivanja radnog odnosa, kao što je pravo na dodjeljivanje stana).

Zakon o radu uvodi jedno novo pravo za ženu tokom trudnoće, a to je pravo na slobodan dan za prenatalni pregled. Ovo pravo žena može koristiti svakog mjeseca tokom trudnoće, a poslodavac je dužan da joj obezbijedi naknadu zarade kao da

⁶ To potvrđuje i praksa Evropskog suda pravde, u slučaju *Silke-Karin Mahlberg v Land Mecklenburg-Vorpommern*: C-207/98, od 03. 02. 2000. godine (ECLI:EU:C:2000:64). G-dja Mahlberg je bila u radnom odnosu na određeno vrijeme u zdravstvenoj ustanovi, ali joj je poslodavac onemogućio da zasnuje radni odnos na neodređeno vrijeme na odjeljenju za radiologiju, obrazlažući to mogućnošću štetnog uticaja uslova rada na njenu trudnoću. Međutim, Evropski sud pravde je utvrdio da je poslodavac u ovom slučaju diskriminisao zapošljenu, odnosno da je neopravdano napravio razliku između zapošljenih koje nijesu u drugom stanju i zapošljenih za vrijeme trudnoće, s obzirom na to da je ona konkurisala za zasnivanje radnog odnosa na neodređeno vrijeme.

je na radu (100% od osnova). Zapošljena ima obavezu da obavijesti poslodavca o korišćenju ovog odsustva u pisanoj formi, tri dana prije zakazanog pregleda. Dakle, zapošljena samo obavještava poslodavca i nije potrebna njegova saglasnost da bi odsustvovala sa rada, bez obzira na potrebe procesa rada. Poslodavac jedino može tražiti dostavljanje dokaza o izvršenom pregledu.

Zaštita žena s obzirom na funkciju materinstva podrazumijeva i posebnu zaštitu u pogledu prestanka radnog odnosa. Ta posebna zaštita podrazumijeva sljedeće:

- Ženi tokom trudnoće i za vrijeme korišćenja porodijskog i roditeljskog odsustva, radni odnos može prestati samo zbog razloga koji se ne mogu vezivati za trudnoću ili korišćenje nekog od navedenih prava, ali se pravo poslodavca ograničava na način što je dužan da u pisanoj formi detaljno obrazloži razloge za otkaz. Ovđe treba napomenuti da je poslodavac prije donošenja odluke o prestanku radnog odnosa dužan da ispoštuje obaveze koje se tiču prava na saslušanje žene (mora joj dati mogućnost da se izjasni o razlozima za otkaz, ukoliko ona to traži). Poslodavac u svakom slučaju prestanka radnog odnosa mora donijeti odluku u pisanoj formi i ta odluka mora biti obrazložena. Međutim, u ovom stavu se naglašava obaveza poslodavca prilikom prestanka radnog odnosa ženi tokom trudnoće (ili korišćenja prava na porodijsko ili roditeljsko odsustvo) da tu odluku "posebno obrazloži", što bi značilo da pored uobičajenog obrazloženja, poslodavac mora detaljno obrazložiti ispunjenost uslova za prestanak radnog odnosa, a sve imajući u vidu posebnu zaštitu žene tokom trudnoće i korišćenja prava na porodijsko i roditeljsko odsustvo .

- Zabrana postoji i u pogledu proglašenja odnosno licima za čijim radom je prestala potreba ("tehnološki višak") za ženu tokom trudnoće ili za vrijeme privremene spriječenosti za rad zbog održavanja trudnoće.

- Zabrana u pogledu prestanka radnog odnosa koji je zasnovan na određeno vrijeme. Naime, Zakon o radu je

predvidio izuzetke od pravila da radni odnos na određeno vrijeme prestaje istekom dana koji je određen ugovorom o radu, i to:

(-) zapošljenoj ženi kojoj ugovor o radu na određeno vrijeme ističe u periodu trudnoće i korišćenja prava na odsustvo zbog održavanja trudnoće;

(-) oba roditelja uživaju zaštitu u koliko im ugovor o radu ističe u periodu korišćenja porodiljskog i roditeljskog odsustva: u ovom slučaju rok za koji su ugovorom o radu zasnovali radni odnos na određeno vrijeme produžava se do isteka korišćenja prava na porodiljsko, odnosno roditeljsko odsustvo .

(-) kod pripravnika: obzirom da pripravnički staž produžava u slučaju odsustva sa rada zbog održavanja trudnoće i korišćenja porodiljskog i roditeljskog odsustva.

Zapošljena žena uživa dodatnu zaštitu na radu u toku trajanja trudnoće, do ostvarivanja prava na porodiljsko, odnosno roditeljsko odsustvo. Ova zaštita se odnosi na sljedeće:

- Zabranu rada trudne žene i žene koja je nedavno rodila na poslovima koji mogu da ugroze život i zdravlje (kako žene, tako i njenog deteta). S tim u vezi, poslodavac ima obavezu da, na osnovu nalaza i preporuke nadležnog doktora medicine, trudnu ženu i ženu koja doji dijete (koje nije starije od godinu dana) privremeno rasporedi na druge poslove, ako je to u interesu očuvanja njenog zdravlja ili zdravlja njenog deteta, uz ostvarivanje prava na zaradu u istom iznosu kao i prije raspoređivanja (ukoliko je na tom drugom radnom mjestu predviđena manja zarada), kao i ostvarivanje ostalih prava iz radnog odnosa u punom obimu. Ukoliko poslodavac nije u mogućnosti da joj obezbijedi ovakvo raspoređivanje, žena ima pravo na plaćeno odsustvo, pri čemu naknada zarade ne može biti manja od zarade koju bi zapošljena ostvarila da je na svom radnom mjestu. Dakle, naknada zarade u ovom slučaju obezbjeđuje se u visini od 100% od osnova za naknadu.

- Zabranu noćnog i prekovremenog rada ženi u toku trudnoće i ženi koja ima dijete koje je mlađe od tri godine. Pri tome, pravi se izuzetak u odnosu na ženu koja ima dijete koje je starije od dvije godine, a koja može raditi noću - ukoliko je dala pisanu saglasnost za takav rad.

U pogledu prava na porodiljsko odsustvo, novi Zakon o radu predviđa značajne novine. Naime, pravo na obavezno porodiljsko odsustvo koje se utvrđuje u trajanju od 98 dana (kalendarskih), od kojih se 28 dana koristi prije dana očekivanog porođaja i ovo pravo pripada samo ženi. Preostali dio porodiljskog odsustva u trajanju od 70 dana nakon porođaja po pravilu koristi majka djeteta, ali to pravo može iskoristiti i otac, i to u dva slučaja: 1) ako je rođeno dvoje i više djece ovo pravo mogu koristiti oba roditelja istovremeno; 2) u slučaju da je majka umrla na porođaju, teško bolesna, napustila dijete, ako je lišena roditeljskog prava ili se nalazi na izdržavanju kazne zatvora, kada otac djeteta ima pravo da koristi porodiljsko odsustvo od dana rođenja djeteta. Dan očekivanog porođaja utvrđuje nadležni doktor specijalista (ginekolog), a ukoliko je dijete rođeno prije dana očekivanog porođaja, odnosno prije navršenih 37 nedjelja trudnoće, porodiljsko odsustvo se produžava za onoliko dana koliko je dijete ranije rođeno.

Pravo na roditeljsko odsustvo

Zakon o radu sadrži više odredbi koje imaju za cilj pomirenje profesionalnih i porodičnih obaveza zaposlenih. Te odredbe bi mogli svrstati u dvije grupe: odredbe koje se odnose na pravo na odsustvo sa rada (roditeljsko, usvijiteljsko i hraniteljsko odsustvo) i odredbe kojima se obezbjeđuje posebna zaštita roditelja po isteku nekog od navedenih prava.

Novi Zakon o radu je usklađen sa Direktivom 2010/18 – o roditeljskom odsustvu, na način što se po prvi roditeljsko odsustvo definiše kao individualno pravo svakog roditelja, što

znači da ovo pravo mogu koristiti oba roditelja, po pravilu u jednakim djelovima i nezavisno do toga da li su oba roditelja zapošljena. Ovakvo rješenje predstavlja značajan napredak u odnosu na do sada važeća rješenja koja nijesu omogućavala ravnopravan tretman oba roditelja u ostvarivanju prava na roditeljsko odsustvo.⁷

Roditeljsko odsustvo se može koristiti do prvog rođendana djeteta. Ako se ima u vidu da prvih 70 dana nakon porođaja po pravilu koristi samo majka djeteta (a koji se odnose na porodiljsko odsustvo), onda možemo konstatovati da roditeljsko odsustvo traje ukupno 295 dana (ili 296 dana – u slučaju prestupne godine), koje pravo oba roditelja mogu da koriste u jednakim djelovima (to bi značilo po 147,5 dana, odnosno oko 4, 5 mjeseca – zavisno od broja dana u mjesecima). Predviđen je izuzetak od ovog pravila, kroz mogućnost prenosa dijela roditeljskog odsustva na drugog roditelja (na osnovu izjave roditelja koja mora biti data u pisanoj formi). Međutim, roditelj koji je započeo da koristi roditeljsko odsustvo, moći će da ga prenese na drugog roditelja samo ukoliko iskoristio najmanje 30 dana. U tom slučaju, roditelj koji je prenio svoj dio roditeljskog odsustva, odnosno koji je prekinuo njegovo korišćenje, kasnije neće moći da nastavi korišćenje preostalog dijela roditeljskog odsustva. Ovđe se mogu postaviti tri pitanja:

- 1) Moraju li oba roditelja da koriste roditeljsko odsustvo? U vezi sa ovim pitanjem treba naglasiti da je roditeljsko odsustvo pravo, a ne i obaveza zapošljenog. Međutim, ako je jedan roditelj započeo roditeljsko odsustvo – da bi ga prenio na drugog roditelja, mora da ga iskoristi u trajanju od najmanje 30 dana.

⁷ Naime, prema ZOR-u iz 2008 godine, otac djeteta (osim slučajeva kada majka nije fizički poređ djeteta zbog smrti, bolesti, ako je u zatvoru ili je napuštala dijete i sl.) je mogao da koristi roditeljsko odsustvo samo ako je majka u radnom odnosu i ako je prekinula korišćenje roditeljskog odsustva.

- 2) Ako je majka po proteku roka od 30 dana od početka roditeljskog odsustva, preostali dio prava na roditeljsko odsustvo (od pomenutih 4 mjeseca koliko njoj pripada) prenijela na oca djeteta, može li kasnije nastaviti da koristi roditeljsko odsustvo – ukoliko otac djeteta želi na nju da prenese dio roditeljskog odsustva koji njemu pripada? Imajući u vidu rješenja koja su sadržana u članu 127 Zakona o radu, mišljenja sam da majka djeteta koja je prekinula roditeljsko odsustvo, odnosno prenijela ga na oca djeteta ne bi mogla kasnije da nastavi sa korišćenjem dijela roditeljskog odsustva koji bi inače pripadao ocu djeteta.
- 3) Može li otac djeteta da otpočne sa korišćenjem roditeljskog odsustva, pa da nakon njega majka nastavi korišćenje tog prava? Imajući u vidu da su pravo na porodiljsko i roditeljsko odsustvo odvojena prava, kao i da je pravo na roditeljsko odsustvo individualno pravo svakog od roditelja, mišljenja sam da u konkretnom slučaju nema smetnji da roditeljsko odsustvo koristi prvo otac, pa majka djeteta.

Polazeći od činjenice da je roditeljsko odsustvo prepoznato kao individualno pravo oba roditelja, važno je ukazati na još dvije činjenice:

- Za ostavriavanje prava na roditeljsko odsustvo nije neophodno da oba roditelja budu u radnom odnosu. Naprotiv, u članu 127, stav 6 je precizirano da u slučaju da je jedan roditelj zapošljen, a drugi nezapošljen, zapošljeni roditelj ima pravo na roditeljsko odsustvo⁸.

⁸ Ovakav stav zauzeo je i Evropski sud pravde u predmetu C-222/14 (*Konstantinos Maïstrellis protiv Ypourgos Dikaiosynis kai Anthropinon Dikaiomaton*), od 16. jula 2015 godine. Ovaj predmet se odnosio na muškarca, državnog službenika, koji je želio da koristi roditeljsko odsustvo, iako je njegova supruga nezapošljena. Grčki Zakon o organizaciji sudova i položaju sudija je predviđao da zapošljeni ima pravo na roditeljsko odsustvo u trajanju od devet mjeseci, ali ako supruga službenika nije zapošljena ili ne obavlja nikakvu djelatnost neće imati to pravo. Evropski sud pravde je u presudi naveo da je ovakvo rješenje suprotno odredbi 2.1 Okvirnog sporazuma o roditeljskom odsustvu, koji izričito predviđa da se pojedinačno pravo

- Pravo na roditeljsko odsustvo nije uslovljeno postojanjem bračne zajednice, već to pravo mogu koristiti oba roditelja nezavisno od toga da li su u bračnoj ili vanbračnoj zajednici.

Zakon o radu definiše i slučajeve u kojima jedan od roditelja može koristiti roditeljsko odsustvo u cjelosti, odnosno i dio roditeljskog odsustva koji bi pripao drugom roditelju, ali je on spriječen da ga iskoristi zbog nekih objektivnih okolnosti, odnosno opravdanih razloga, kao što su:

1) ako je jedan od roditelja lišen roditeljskog prava; lišen poslovne sposobnosti; proglašen nestalim, nepoznatim, nepoznatog prebivališta ili boravišta; ili je prema nalazu nadležnog centra za socijalni rad grubo zanemario staranje od detetu;

2) kada su jednom od roditelja deteta, radi zaštite deteta, na osnovu odluke suda, zabranjeni ili ograničeni kontakti sa detetom;

3) kada je jedan od roditelja deteta teško bolestan ili je zavistan od pomoći drugog lica, radi čega je na duže vrijeme spriječen ili u znatnoj mjeri ograničen u obavljanju svog roditeljskog staranja, prema nalazu nadležnog doktora specijaliste;

4) ako je jedan od roditelja angažovan kao vojno lice u vojnoj misiji izvan Crne Gore, pod uslovom da se pisanom izjavom odrekao prava na korišćenje roditeljskog odsustva u korist drugog roditelja;

na roditeljsko odsustvo daje „muškarcima i ženama radnicima“, dok se u odredbi 1.2 kaže da se ovaj sporazum primenjuje „na sve radnike, muškarce i žene koji imaju ugovor o radu ili radni odnos“. Sud je zaključio da: „pristup helenske vlade uzrokuje i teološke i sistematske sumnje, i zbog tumačenja člana 53. grčkog Zakona o službenicima, koje se čak svodi na to da se pravo na roditeljsko odsustvo jednog bračnog druga učini zavisnim od radnog statusu drugog, bez obzira na njegovo roditeljstvo“. Viđeti detaljnije na adresi:

<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014CJ0222&lang1=hr&type=TXT&ancre>

5) kada je jedan od roditelja na izdržavanju kazne zatvora.

Usvojiteljsko i hraniteljsko odsustvo

Osim prava na roditeljsko, Zakon o radu predviđa i pravo na usvojiteljsko i hraniteljsko odsustvo, koje mogu koristiti usvojitelj, odnosno hranitelj djeteta koje je mlađe od osam godina života i u trajanju od godinu dana od dana usvojenja, odnosno potpisivanja ogovora o hraniteljstvu.

Pravo na odsustvo u slučaju usvojenja djeteta se ostvaruje u trajanju od godinu dana neprekidno od dana usvojenja djeteta koje je mlađe od osam godina života. Pri tome, ovo pravo, za razliku od roditeljskog odsustva može koristiti samo jedan od usvojlaca djeteta. Mogućnost prenošenja prava na odsustvo predviđena je samo u slučaju postojanja nekog od opravdanih razloga, koji su taksativno nabrojani u členu 128 ZOR-a, i to: 1) ako je jedan od usvojitelja: lišen roditeljskog prava; lišen poslovne sposobnosti; proglašen nestalim, nepoznatim, nepoznatog prebivališta ili boravišta; ili je prema nalazu nadležnog centra za socijalni rad grubo zanemario staranje od djetetu; 2) kada su jednom od usvojitelja djeteta, radi zaštite djeteta, na osnovu odluke suda, zabranjeni ili ograničeni kontakti sa djetetom; 3) kada je jedan od usvojitelja djeteta teško bolestan ili je zavistan od pomoći drugog lica, radi čega je na duže vrijeme spriječen ili u znatnoj mjeri ograničen u obavljanju svog staranja, prema nalazu nadležnog doktora specijaliste; 4) ako je jedan od usvojitelja angažovan kao vojno lice u vojnoj misiji izvan Crne Gore, pod uslovom da se pisanom izjavom odrekao prava na korišćenje usvojiteljskog odsustva u korist drugog usvojitelja; 5) kada je jedan od usvojitelja na izdržavanju kazne zatvora.

Pored prava na odsustvo sa rada usvojitelja, Zakon o radu predviđa i jedan novi institut: hraniteljsko odsustvo, koji podrazumijeva pravo jednog od hranitelja djeteta koje je mlađe

od osam godina života da odsustvuje s rada godinu dana od dana potpisivanja ugovora o hraniteljstvu. Hraniteljstvo je vrsta usluge iz oblasti socijalne i dječje zaštite, koje ima za cilj njegu, čuvanje i vaspitavanje djeteta.⁹Hraniteljstvo je u Crnoj Gori uređeno Porodičnim zakonom („Sl. list RCG“, br. 1/2007),¹⁰Zakonom o socijalnoj i dječjoj zaštiti i Pravilnikom o bližim uslovima za pružanje i korišćenje usluga porodičnog smještaja-hraniteljstva i porodičnog smještaja („Sl. list CG“, br. 26/2014). Zakon o socijalnoj i dječjoj zaštiti predviđa sljedeće vrste hraniteljstva: standardni smještaj, smještaj uz intenzivnu ili dodatnu podršku, urgentni smještaj, povremeni smještaj, a ostavljena je mogućnost za postojanje drugih vrsta smještaja.

Hraniteljstvo kao vrsta usluge iz oblasti socijalne zaštite ima privremeni karakter. Ova karakteristika hraniteljstva proizlazi i iz Pravilnika o bližim uslovima za pružanje i korišćenje usluga porodičnog smještaja, koji u članu 3 predviđa da se ova usluga obezbjeđuje do povratka roditeljima, usvojenja, odnosno osamostaljivanja.¹¹Pitanja koja se tiču uslova i postupka za obezbjeđivanje hraniteljstva uređena Porodičnim zakonom i Pravilnikom o bližim uslovima za pružanje i korišćenje usluga porodičnog smještaja.

⁹ Opširnije videti: V.Simović-Zvicer, Č. Veljić, *Pravni položaj hranitelja u Crnoj Gori*, VII Međunarodna naučno-stručna konferencija: „Unapređenje kvaliteta života djece i mladih“, 24-26.06.2016. godine, Tuzla, Bosna i Hercegovina, tematski zbornik, I dio, ISSN 1986-9886, str.425–435.

¹⁰ Porodični zakon predviđa mogućnost porodičnog smještaja za tri kategorije dece, i to: 1) dijete čiji je razvoj ometen prilikama u sopstvenoj porodici; 2) vaspitno zapušteno dijete i 3) dijete s smetnjama u fizičkom i psihičkom razvoju (pogledu ove kategorije dece Pravilnik o bližim uslovima za pružanje i korišćenje usluga porodičnog smještaja-hraniteljstva i porodičnog smještaja predviđa da obezbjeđenje hraniteljstva uz intezivnu ili dodatnu njegu).

¹¹ Bitno obilježje porodičnog smještaja jeste dobrovoljnost, koja u konkretnom slučaju ima tri aspekta. Prvi aspekt podrazumijeva postojanje saglasnosti budućih hranitelja. Pri tome, neophodna je saglasnost oba supružnika, ukoliko postoje. Drugi aspekt dobrovoljnosti podrazumijeva saglasnost roditelja, odnosno staratelja djeteta koje treba da bude smješteno u hraniteljsku porodicu. Treći aspekt dobrovoljnosti sadržan je u obavezi organa starateljstva da prije određivanja porodičnog smještaja, omogući djetetu da slobodno izrazi svoje mišljenje u vezi s porodičnim smještajem i da to mišljenje cijeni u skladu s uzrastom i zrelošću djeteta.

Uslovi koje treba da ispune potencijalni hranitelji se mogu podijeliti u dvije grupe:

Prvu grupu čine uslovi koji se odnose na obezbjeđivanje garancija da će dijete u hraniteljskoj porodici imati adekvatno njegovanje¹², čuvanje i vaspitanje. Možemo zaključiti da ovaj uslov u praksi podrazumijeva da hraniteljska porodica mora biti stabilna, harmonična, odnosno nekonfliktna,¹³ kao i da ima zadovoljavajući nivo higijene, da njeni članovi nemaju zarazna

¹² Kada su u pitanju uslovi koji se odnose na ishranu i zaštitu zdravlja deteta, oni podrazumijevaju da je pružalac usluga dužan da detetu obezbijedi sljedeće: odgovarajuću i urednu odjeću i obuću i predmete za ličnu upotrebu i higijenu (to obaveza podrazumijeva da hranitelj detetu obezbijedi (kupuje) odjeću i obuću, kao i predmete za ličnu upotrebu i higijenu, u skladu s njegovim potrebama i godinama života); odgovarajuću ishranu i staranje o zdravlju (ova obaveza je precizirana Pravilnikom i podrazumijeva obezbjeđivanje: šest obroka dnevno, za dijete uzrasta do jedne godine; pet obroka dnevno (doručak, ručak, večera i dvije užine), za dijete iznad jedne godine života; redovnu vakcinaciju, kontrolu zdravlja i njegu za vrijeme bolesti deteta; kao i druge obaveze koje su u skladu s potrebama deteta); zadovoljavanje vaspitnih i obrazovnih potreba (ova obaveza hranitelja podrazumijeva da se detetu obezbijede adekvatne igračke; upis u vaspitno-obrazovne ustanove u skladu s njegovim interesovanjima i potencijalima; da redovno prisustvuje nastavi i postiže rezultate u skladu sa svojim mogućnostima; knjige, školski pribor i drugu opremu; finansijska sredstva za pomoć u učenju; da dijete, odnosno mlado lice razvije socijalne i životne vještine i ohrabruje ga da razvija svoja interesovanja i talente; uslove u stambenom prostoru za druženje s vršnjacima i podsticanje socijalnog razvoja deteta, odnosno mladog lica); njegovanje identiteta deteta (ova obaveza podrazumijeva da je hranitelj dužan da detetu pomaže da prepozna i upravlja svojim osećanjima; da mu obezbijedi uključeno u proces donošenja odluka od značaja za njegov život; da mu pokazuje poštovanje ličnosti i etničke pripadnosti; pomaže da razumije događaje iz svoje prošlosti i da sačuva važne uspomene; da u saradnji s Centrom za socijalni rad pruža podršku u održavanju kontakata s porodicom i drugim licima važnim za dijete, kao i da pruža podršku u razvoju seksualnosti i poštuje privatnost i sl.). Osim navedenog, hranitelj je, u skladu s Pravilnikom dužan da detetu obezbijedi zaštitu od zlostavljanja, zanemarivanja i eksploatacije, koja podrazumijeva i obavezu pružanja podrške detetu da prepozna i prijavi takve situacije. U vezi s tim je i obaveza hranitelja da s detetom ima odgovarajuću komunikaciju, bez primjene fizičkog kažnjavanja, fizičkog ograničavanja ili ponižavanja deteta ili njegovog iskorišćavanja.

¹³ Navedeni uslovi precizirani su Pravilnikom o bližim uslovima za pružanje i korišćenje usluga porodičnog smještaja-hraniteljstva i porodičnog smještaja, koji predviđa da uslugu hraniteljstva može da pruža lice koje detetu, odnosno mladom licu, može da: 1) obezbijedi sigurno okruženje i zaštitu od zlostavljanja, zanemarivanja i eksploatacije; 2) zadovolji potrebe u cilju optimalnog razvoja njihovih potencijala i prevazilaženja razvojnih zastoja; 3) očuva njihov identitet kroz podržavanje veze s njihovom porodicom, kao i drugim licima važnim za njih; i 4) prihvati podijeljenu odgovornost i uspostavi odnos s roditeljima i stručnim radnicima.

oboljenja i sl. To proizlazi i iz ograničenja koja su predviđena Porodičnim zakonom. Naime, zakon predviđa da bračni drugovi, odnosno lice kod kojeg se dijete zbrinjava na porodični smještaj može biti svaka punoljetna i poslovno sposobna osoba koja je, s obzirom na osobine ličnosti i skladnost odnosa u porodici, u mogućnosti da detetu obezbijedi uravnotežen razvoj i pomoć da se vrati u sopstvenu porodicu. Međutim, zakonom su predviđena neka ograničenja u odnosu na navedeno pravilo. Tako, predviđeno je da se dijete ne može smjestiti u porodicu ukoliko postoji neka od sljedećih situacija: 1) ako je neko od članova porodice lišen roditeljskog prava ili osuđen za krivično djelo protiv braka i porodice; 2) ako jedan od bračnih drugova ne ispunjava uslove za staraoca; 3) ako bi u porodici usljed bolesti nekog člana domaćinstva bilo ugroženo zdravlje deteta; 4) ako su poremećeni porodični odnosi; 5) ako je u pitanju porodica koja je u netrpeljivosti s detetom ili njegovim roditeljima.¹⁴

Drugu grupu uslova čine uslovi koji se tiču se obezbijeđenosti stambenih i materijalnih uslova. Možemo konstatovati da se pod ovim uslovima podrazumijeva adekvatan stambeni prostor (u odnosu na članove porodice hranitelja),¹⁵ kao i redovnih i stabilnih prihoda za

¹⁴ Osim toga, u slučaju smještaja dece koja su ometena u fizičkom i psihičkom razvoju ili vaspitno zapuštene dece je predviđeno da članovi porodice hranitelja imaju odgovarajuća lična svojstva koja su neophodna za čuvanje, njegu i vaspitavanje dece koja se smještaju. Ovaj uslov ima poseban značaj, ako se ima u vidu da je u radu s vaspitno zapuštenom decom neophodno imati odgovarajuće pedagoške vještine. S druge strane, adekvatna njega, čuvanje i vaspitavanje dece s fizičkim i psihičkim smetnjama u razvoju podrazumijeva i odsustvo predrasuda u odnosu na ovu decu, kao i spremnost da im se pruži podrška u procesu integracije u socijalnu sredinu.

¹⁵ Ovi uslovi su precizirani Pravilnikom o bližim uslovima za pružanje i korišćenje usluga porodičnog smještaja-hraniteljstva i porodičnog smještaja, koji predviđa da stambeni prostor pružaoca usluga treba da ispunjava sljedeće uslove: da je u naseljenom mjestu; da je priključen na električnu, vodovodnu i kanalizacionu mrežu; 3) da ima obezbjeđeno grijanje; 4) da ima odgovarajuću opremu u stambenom prostoru; 5) da zadovoljava higijenske uslove i sl. Osim navedenih uslova, predviđeno je da je pružalac usluge dužan da korisniku obezbijedi posebnu sobu za spavanje ili zajedničko korišćenje sobe s detetom, odnosno mladim licem istog pola.

obezbjeđivanje životnih potreba koje su adekvatne stepenu društveno-ekonomskog razvoja države.

Porodičnim zakonom predviđena su i određena pravila koja imaju za cilj obezbjeđivanje najboljeg interesa deteta. Naime, braća i sestre smještaju se po pravilu u istu porodicu. Osim toga, prilikom zbrinjavanja deteta u drugu porodicu organ starateljstva je dužan da posebnu pažnju posveti nacionalnom, vjerskom i kulturnom porijeklu deteta, kao i njegovom uzrastu, zdravlju i društvenom statusu deteta, kao i udaljenosti od mjesta njegovog prethodnog prebivališta, odnosno prebivališta njegovih roditelja i školske ustanove koju pohađa.¹⁶Treba napomenuti da zakon predviđa i ograničenja u pogledu broja dece koja mogu biti smještena u hraniteljsku porodicu. Tako, u drugu porodicu može se smjestiti najviše troje dece, odnosno dvoje dece ometene u razvoju, s tim da ukupan broj dece koja žive u porodici hranitelja ne može biti veći od četiri. Od ovog pravila postoji izuzetak, koji ima za cilj zaštitu interesa deteta i on podrazumijeva da u hraniteljsku porodicu može biti smješteno više dece, i to kada se smještaju u porodicu srodnika ili kada se smještaju braća i sestre.

Zaštita prava u toku odsustva

Zakonom je obezbijedena zaštita radnopravnog statusa roditelja, uvojitelja i hranitelja za vrijeme korišćenja prava na odsustvo – kako u toku korišćenja navedenih prava, tako i po povratku na rad. Tako, u toku korišćenja ovih prava, zapošljeni imaju sva prava iz radnog odnosa, kao i prije odlaska na korišćenje odsustva. Osim toga, zapošljeni će imati i pravo na poboljšanje uslova rada, koje bi imao da nije koristio pravo na porodiljsko, roditeljsko, usvojiteljsko ili hraniteljsko

¹⁶ Jedno od važnih pitanja jeste i zadovoljavanje religioznih i kulturnih potreba deteta. U vezi s tim, Pravilnik predviđa obavezu hranitelja da detetu omogući učešće u socijalnim, religioznim, rekreativnim i kulturnim aktivnostima, u skladu s njegovim izborom.

odsustvo (npr. ukoliko dođe do povećanja koeficijenta usljed izmjene kolektivnog ugovora, to će se odnositi i na njega). Sa druge strane, u slučaju da je na bilo koji način došlo po pogoršanja uslova rada – efekti toga ne bi mogli da se primijene na zapošljenog koji koristi neko od navedenih odsustava. Npr. u slučaju da je u međuvremenu došlo do smanjenja zarade za ostale zapošljene kod poslodavca, zarada zapošljenog ne može biti umanjena u periodu odsustva i neposredno po povratku na rad. Isto se odnosi i na ostala, odnosno nenovčana prava iz radnog odnosa, koja ne mogu biti izmijenjena na štetu zapošljenog (raspoređivanje na drugo radno mjesto, raspored radnog vremena i sl.). Važnu novinu predstavlja rješenje po kojem će roditelju (majci ili ocu djeteta) koji je zaključio ugovor o radu na određeno vrijeme isti biti produžen ukoliko ističe u periodu korišćenja roditeljskog odsustva (do sada je to pravo imala samo majka djeteta).

Za vrijeme korišćenja porodiljskog, roditeljskog, usvojiteljskog i hraniteljskog odsustva zapošljeni ostvaruje pravo na naknada zarade u visini od 100% od osnova za naknadu¹⁷. Osnov za obračun naknade zarade je prosjek osnovne zarade¹⁸, odnosno naknade zarade koju je zapošljeni ostvario u posljednjih 12 mjeseci koji prethode mjesecu u kome je otpočeo korišćenje nekog od navedenih odsustava.¹⁹

¹⁷ Treba napomenuti da pravo na naknadu zarade može ostvariti samo roditelj koji je u radnom odnosu. Roditelj koji nije u radnom odnosu, a nalazi se na evidenciji Zavoda za zapošljavanje ili je redovan student, u smislu člana 54 Zakona o socijalnoj i dječjoj zaštiti („Sl. list CG“, br. 27/2013, 1/2015, 42/2015, 47/2015, 56/2016, 66/2016, 1/2017, 31/2017, 42/2017 i 50/2017), može ostvariti pravo na drugi novčani iznos, a to je naknada po osnovu rođenja djeteta, koja iznosi 79, 03 eura mjesečno i ostvaruje se do navršene jedne godine života djeteta, ukoliko je zahtjev podnjet u roku od 30 dana od dana porođaja, odnosno-ako zahtjev nije podnjet u tom roku, od dana podnošenja zahtjeva. U svakom slučaju, ovo pravo se ne može ostvariti nakon isteka 12 mjeseci od dana rođenja djeteta.

¹⁸ Osnovna zarada u smislu člana 39 stav 2 Zakona o obaveznom zdravstvenom osiguranju se sastoji od startne zarade, koeficijenta složenosti uvećanog za svaku započetu godinu radnog staža i obračunske vrijednosti koeficijenta.

¹⁹ Za preduzetnike i lica koja samostalno obavljaju profesionalnu djelatnost kao osnovno zanimanje, osnov za obračun naknade zarade za vrijeme privremene spriječenosti za rad, čini osnovica na koju se obračunavaju doprinosi za obavezno

U vezi s ovim treba napomenuti da Zakon o socijalnoj i dječjoj zaštiti²⁰ predviđa da poslodavac ima pravo na refundaciju sredstava po osnovu isplate naknade zarade zapošljenom za porodijsko, odnosno roditeljsko odsustvo, koju može ostvariti kod mjesno nadležnog centra za socijalni rad.²¹Pri tome, u cilju izbjegavanja zloupotreba prilikom ostvarivanja ovog prava, predviđena su dva ograničenja, i to:

- Visina sredstava koja se refundiraju poslodavcu zavisi od perioda koji je zapošljeni bio u radnom odnosu prije ostvarivanja prava na porodijsko, odnosno roditeljsko odsustvo, i to:

1) ako je zapošljeni prije ostvarivanja prava bio u radnom odnosu kod tog poslodavca najmanje 12 mjeseci neprekidno: poslodavac će imati pravo na refundaciju u visini prosečne zarade zapošljenog (za 12 mjeseci koji prethode mjesecu ostvarivanja prava na porodijsko, odnosno roditeljsko odsustvo);

2) ako je zapošljeni bio u radnom odnosu kod tog poslodavca od šest do 12 mjeseci neprekidno: poslodavac će imati pravo na refundaciju u visini od 70% od prosečne zarade zapošljenog za vrijeme rada koji je

zdravstveno osiguranje za posljednja tri mjeseca koja prethode mjesecu u kojem je nastupila privremena spriječenost za rad.

²⁰ Videti čl. 50 i 51 Zakona o socijalnoj i dječjoj zaštiti („Sl. list CG“, br. 27/2013, 1/2015, 42/2015, 47/2015, 56/2016, 66/2016, 1/2017, 31/2017, 42/2017 i 50/2017)

²¹U skladu s Pravilnikom o bližim uslovima za ostvarivanje osnovnih materijalnih davanja iz socijalne i dječje zaštite („Sl. list CG“, br. 40/2013, 68/2015, 20/2016 i 88/2017), uz zahtjev za refundaciju naknade zarade za porodijsko, odnosno roditeljsko odsustvo, poslodavac prilaže: dokaz o radnom odnosu zapošljenog; dokaz o privremenoj spriječenosti za rad; rješenje poslodavca o ostvarivanju prava na porodijsko odsustvo, odnosno roditeljsko odsustvo; obrazac IOPPD; individualni analitički račun poreskog osiguranika na kome se nalaze sve mjesečne IOPPD prijave za period propisan članom 51 stav 1 Zakona o socijalnoj i dječjoj zaštiti; obrazac JPR od Poreske uprave i izvod poslovne banke preko kojeg je korisniku isplaćena zarada koja je predmet refundacije. Poslodavac mjesečno dostavlja: dokaz o privremenoj spriječenosti za rad, izvod poslovne banke preko kojeg je korisniku isplaćena zarada koja je predmet refundacije i uvjerenje od Poreske uprave da su izmirene obaveze po osnovu poreza i doprinosa.

prethodio mjesecu ostvarivanja prava na porodiljsko, odnosno roditeljsko odsustvo;

3) ako je zapošljeni bio u radnom odnosu kod tog poslodavca od tri do šest mjeseci neprekidno: poslodavac će imati pravo na refundaciju u visini od 50% od prosječne zarade zapošljenog za vrijeme rada koji je prethodio mjesecu ostvarivanja prava na porodiljsko, odnosno roditeljsko odsustvo;

4) ako je zapošljeni bio u radnom odnosu kod tog poslodavca do tri mjeseca: poslodavac će imati pravo na refundaciju u visini od 30% od prosječne zarade zapošljenog za vrijeme rada koji je prethodio ostvarivanju prava na porodiljsko, odnosno roditeljsko odsustvo.

- Zakonom je predviđen maksimalni iznos sredstava koja će biti refundirana poslodavcu, opet zavisno od perioda koji je zapošljeni proveo kod njega u radnom odnosu prije ostvarivanja prava na porodiljsko, odnosno roditeljsko odsustvo. Tako, ako je zapošljeni bio kod poslodavca 12 mjeseci neprekidno prije ostvarivanja nekog od navedenih prava, poslodavac će imati pravo na refundaciju najviše do iznosa dvije prosječne zarade zapošljenog u državi u prethodnoj godini, prema podacima organa uprave nadležnog za poslove statistike. S druge strane, ako je zapošljeni prethodno bio u radnom odnosu kod tog poslodavca kraće od 12 mjeseci, maksimalni iznos refundacije na koju poslodavac ima pravo je do iznosa jedne prosječne zarade zapošljenog u državi u prethodnoj godini, prema podacima organa uprave nadležnog za poslove statistike.

Izuzetak od navedenih pravila je predviđen za poslodavce kojima se isplata naknade zarade obezbjeđuje iz sektora javne potrošnje (budžet države, budžet opštine i vanbudžetski fondovi), pa im se iz tog razloga ova sredstva ne refundiraju.

Pravo na refundaciju isplaćene zarade, pod prethodno navedenim uslovima ostvaruje i lice koje se bavi preduzetničkom djelatnošću, ukoliko se radi o licu koje se bavi preduzetničkom djelatnošću kao jedini zapošljeni. Pri tome, lice koje se bavi preduzetničkom djelatnošću pravo na naknadu zarade ostvaruje kod centra za socijalni rad, a osnovica za isplatu određuje se u visini osnovice na koju su plaćeni porezi i doprinosi.²²

U vezi s navedenim treba napraviti jasnu razliku između prava na naknadu zarade (koje je pravo iz radnog odnosa, koje pripada zapošljenom) i prava na refundaciju isplaćenih sredstava (koje pravo ostvaruje poslodavac u skladu sa Zakonom o socijalnoj i dječjoj zaštiti). Kao što je već navedeno, zapošljeni u toku ostvarivanja prava na porodijsko, roditeljsko, usvojiteljsko i hraniteljsko odsustvo ima pravo na naknadu zarade u visini 100% od osnova i navedeni iznos ne zavisi od perioda koji je zapošljeni prethodno proveo u radnom odnosu, odnosno od iznosa koji poslodavac ostvaruje po osnovu prava na refundaciju (odnosno ne zavisi od toga da li poslodavac ima pravo na refundaciju-kao što je slučaj kod naknade zarade za vrijeme hraniteljskog i usvojiteljskog odsustva). To znači da će poslodavac biti dužan da zapošljenom isplati naknadu zarade u navedenom iznosu, iako mu centar za socijalni rad neće refundirati cijeli iznos isplaćenih sredstava.

²² U skladu s Pravilnikom o bližim uslovima za ostvarivanje osnovnih materijalnih davanja iz socijalne i dječje zaštite („Sl. list CG“, br. 40/2013, 68/2015, 20/2016 i 88/2017), uz zahtjev za dobijanje naknade zarade za porodijsko, odnosno roditeljsko odsustvo, preduzetnik prilaže: rješenje o registraciji od nadležnog organa lokalne samouprave; dokaz da ne obavlja drugu djelatnost; rješenje Centralnog registra privrednih subjekata o privremenoj obustavi djelatnosti; dokaz o privremenoj spriječenosti za rad; obrazac IOPPD, individualni analitički račun poreskog osiguranika na kome se nalaze sve mjesečne IOPPD prijave za period propisan članom 51 stav 1 Zakona o socijalnoj i dječjoj zaštiti; obrazac JPR od Poreske uprave. Preduzetnik mjesečno dostavlja dokaz o privremenoj spriječenosti za rad.

Zaštita prava po isteku odsustva

U slučaju prekida korišćenja, odnosno isteka porodiljskog, odnosno roditeljskog odsustva i odsustva radi usvojenja deteta poslodavac je dužan da zapošljenom obezbijedi povratak na isto ili na odgovarajuće radno mjesto (koje odgovara stepenu stručne spreme i radnoj sposobnosti zapošljenog), sa najmanje istom zaradom. U vezi sa ovom obavezom poslodavca treba napomenuti da zapošljeni u toku korišćenja porodiljskog, roditeljskog, usvojiteljskog ili hraniteljskog odsustva ne može biti proglašen za "tehnoški višak", ali ako ipak u međuvremenu radno mjesto na kojem je bio raspoređen bude ukinuto, poslodavac će biti dužan da mu po povratku na rad obezbijedi raspoređivanje na drugo - odgovarajuće radno mjesto. Zakon o radu predviđa još jednu novinu, koja ima za cilj lakše pomirenje profesionalnih i porodičnih obaveza zapošljenog po povratku na rad, nakon isteka nekog od naprijed navedenih odsustava i podrazumijeva obavezu poslodavca da po povratku zapošljenog na rad, ukoliko potrebe procesa rada to dozvoljavaju, omogući zapošljenom promjenu radnog vremena (sa punog na nepuno ili obrnuto) ili rasporeda radnog vremena (početak radnog vremena, dvokratni rad i sl.). Ove izmjene poslodavac će izvršiti na osnovu pisanog zahtjeva zapošljenog – u kojem će zapošljeni navesti potrebe, odnosno probleme koje ima u vezi sa pomirenjem profesionalnih i porodičnih obaveza.

Zakon o radu poredviđa posebnu zaštitu roditelja, usvojitelja i hranitelja i po isteku navedenih odsustava i tu treba razlikovati tri situacije, i to:

- Zaštita roditelja, usvojitelja ili hranitelja koji imaju dijete sa smetnjama u razvoju ili dijete kojem je potrebna pojačana njega: jedan od roditelja po isteku roditeljskog odsustva (nakon prve godine života deteta) ima pravo na rad sa polovinom punog radnog vremena, ukoliko je detetu potrebna

pojačana njega (ovo pravo mogu koristiti roditelji naizmjenično, ali ne u isto vrijeme). Ovo pravo može se iskoristiti do navršene treće godine života djeteta, a osim roditelja, pravo na rad sa polovinom punog radnog vremena imaju i usvojlac, staralac i hranitelj djeteta. U konkretnom slučaju razlog za rad sa polovinom punog radnog vremena je potreba djeteta za pojačanom njegom, koja je utvrđena ili preporučena od strane nadležnog ljekara. Dakle, u konkretnom slučaju ne radi se o djetetu sa smetnjama u razvoju, već o djetetu kojem je zbog zdravstvenih problema potrebna pojačana njega ili o djetetu koje ima teškoće u razvoju. Od ove situacije treba razlikovati posebnu zaštitu roditelja, usvojitelja ili hranitelja koji imaju dijete sa smetnjama u razvoju, na način što jedan od roditelja, usvojitelja ili hranitelja ima pravo da radi sa polovinom punog radnog vremena. Pravo na rad sa polovinom punog radnog vremena u ovom slučaju nije vremenski ograničeno, a radno vrijeme zapošljenih u ovom slučaju smatra se punim radnim vremenom za ostvarivanje prava iz rada i po osnovu rada. To znači da će poslodavac biti obavezan da ovoj kategoriji zapošljenih isplaćuje zaradu i obezbjeđuje druga prava iz radnog odnosa u punom obimu, kao da rade puno radno vrijeme. Osim toga, treba napomenuti da zapošljeni roditelj, usvojitelj ili hranitelj, odnosno staratelj koji ima dijete sa smetnjama u razvoju ne mogu biti raspoređeni na rad u drugo mjesto van mjesta prebivališta, odnosno boravišta, niti mogu raditi prekovremeno ili noći bez njihove pisane saglasnosti.

- Zaštita roditelja koji ima dijete mlađe od tri godine: U ovom članu je predviđeno pravo na neplaćeno odsustvo jednog od roditelja, koje mogu koristiti po isteku roditeljskog odsustva, a dok dijete navršiti tri godine života. U ovom slučaju jedan od roditelja ima pravo na zdravstveno i penzijsko – invalidsko osiguranje (ova sredstva se isplaćuju iz Fonda za zdravstveno osiguranje i Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje), a ostala prava i obaveze mu miruju. U konkretnom

slučaju ne radi se o djetetu kojem je potrebna pojačana njega ili djetetu sa smetnjama u razvoju, ali jedan od roditelja može da iskoristi mogućnost i da brine o djetetu dok navrší tri godine života. I u ovom slučaju postoji mogućnost "rotacije", odnosno zamjene roditelja koji koriste ovo pravo, tako što će pravo na neplaćeno odsustvo koristiti jedan, a zatim drugi roditelj.

- Zaštita samohranog roditelja: samohrani roditelj koji ima dijete koje je mlađe od sedam godina ne može biti proglašen za "tehnološki višak", ne može biti raspoređen na rad u drugo mjesto van mjesta prebivališta, odnosno boravišta; i ne može raditi prekovremeno i noću (osim ako postoji pristanak zapošljenog, koji mora biti dat u pisanoj formi).

Summary

Pursuant to the Constitution of Montenegro, the state guarantees equality between women and men and develops a policy of equal opportunities (Article 18). The special protection of women at work in the new Labor Law, unlike the previously valid solutions, implies only protection in relation to her maternity function and the need to reconcile professional and family obligations, therefore not in relation to the physical characteristics of women.

The new solutions are in line with what is a tendency in the documents of the European Union, which is in the spirit of the principle of equality of opportunity and treatment, on which European standards in the field of labor relations are based.

The new Labor Law is harmonized with Directive 2010/18 - on parental leave, in the way that for the first time parental leave is defined as an individual right of each parent, which means that this right can be used by both parents, as a rule in equal parts.

In addition to the above rights, the paper provides a legal overview of paternity leave, as well as foster leave - which is a new institute in our legal system.

Key words: maternity leave, parental leave, parental leave, foster leave.

Проф. др Саво МАРКОВИЋ¹

КАЗНА БЕШЧАШЋА У ПРАВУ АНТИЧКЕ ГРЧКЕ

Општи осврт. Будући да је територија старе Грчке била испарцелисана на десетине, па и коју стотину полиса (стара Грчка је имала више полиса него што ОУН данас има држава), самосталних градова – држава, тешко да можемо говорити о јединственом грчком праву, па би прикладнији назив био право у старој Грчкој. Окосницу права у старој Грчкој чине: неразвијено спартанско право и атинско право, најразвијенији правни систем хеленског свијета. А на средокраћи између ове двије екстремне вриједности стоји право критског полиса Гортине, записано и од заборава сачувано у чувеном Гортинском законуку.

Казну бешчашћа у старој Грчкој освијетлићемо кроз њен приказ у три поменућа правна система, с тим што ће о казни бешчашћа у спартанском бити најмање ријечи с обзиром на то да о њој и њеним траговима имамо мало података јер је Спарта била земља неписаног, тј. обичајног права.

Прије него анализирамо казну бешчашћа у старом грчком праву, ваља направити кратак осврт на појам и генезу атимије у старој Грчкој. У строгрчком језику под атимијом се подразумијевало: непоштење, нечаст, презир, срамота, покора, педепса, прогонство, губитак грађанских права, док се у литератури која изучава старогрчко право под атимијом обично подразумијева губитак части² или

¹ Професор на Правном факултету Универзитета „Медитеран“

² С. Марковић, *Општа историја права I, стари и средњи вијек*, друго измијењено издање, Подгорица, 2008. г., 221.

губитак грађанских права³. Основу ријечи атимија чини ријеч тиме – част, поштење, достојанство, тако да заправо атимија јесте порицање части. Аустријски историчар Свобода сматра да тиме значи казну, те да се најкасније од Солоновог времена значење ријечи тиме преображава у ријеч која симболизује част. Свобода вуче паралелу са средњовјековним словенским и германским правима у којим је казна представљала накнаду штете⁴. Сличан правни режим казна је имала и у старом српском праву гдје се под установом вражде подразумијевала казна у ширем и ужем смислу, па је она представљала и казну уопште, а била је и вид новчане реституције. Ово Свободино становиште има упориште у најранијем помињању атимије у Одисеји, гдје Пенелопа кори Антиноја: "Сад ти му, бестидниче, обещчашћујеш кућу (атимон), жену његову прошиш, а дете његово каниш у Хад да пошаљеш влажни, и мене ојадиш тако"⁵.

Амерички класични историчар и политолог Данијел Ален тврди како је "част заједно са љутњом, реципроцитетом и социјалном меморијом имала фундаменталан значај у успостављању правила понашања у полису"⁶. Он сматра да је "ниво части грађанина одсликавао његов положај у полису"⁷ па су "сви грађани били једнаки пред законом и имали исти ниво части у том смислу"⁸. Част је, сматра Ален, била мјерило којим се

3. Сима Аврамовић, *Упоредна правна традиција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010. г. 123-124.

4. Heinrich Swoboda, *Beitrage zur greichischen Rechtsgeschichte*, Hermann Bohlaus Nachfolger Weimar, 1905. g. 14.

5. Хомер, *Одисеја*, превод и биљешке Едуард Дајч, ЦИД, Подгорица, 1999. г. 16, 420-422. У Ђурићевом преводу Одисеје се каже: "Стога кућу му једеш без накнаде...".

6. Danielle Alen, *The World of Prometheus The Politics of Punishing in Democratic Athens*, Princeton University Press, New Jersey, 2000. g. 60.

7. Isto, 60.

8. Isto.

додјељивао одговарајући правни и политички статус "различитим класама у полису"⁹.

Тиме чини и коријен ријечи тимориа (казна) и освјетљава нам појам казне у старогрчком праву. Ален каже: "Кад казна оголи преступника од части, симултано враћа ту част жртви, част која је одузета преступничким чином"¹⁰. Ријеч тиме налази се и у коријену ријечи епитимос (који има сва грађанска права) и ентимос (племство, бити државни магистрат). То значи да је част пресудно утицала на репутацију сваког грађанина полиса. Бешчасни нијесу припадници полиса. Овакво клаустрофобично схватање части утицало је и генезу атимије.

Атимију обично посматрамо кроз призму атинског права, бар због два разлога, од којих је први тај, што највише документарне грађе која третира овај феномен потиче са полуострва Атике и други су Атињани више од других Грка баштинили грађанска права. То не значи да атимије није било и у другим грчким полисима, мада се искристалисала дилема да ли је атимија правна или морална категорија.

Атимија у Спарти

Атимија је постојала упркос веома оскудним изворима који су резултат пословичне спартанске ксенофобије и одсуства жеље Спартанаца да у значајнијој мјери употребљавају писмо. Ти извори нам нијесу оставили Спартанци, него Атињани: Херодот, Ксенофонт, Тукидид и романизовани Грк Плутарх. Код ових аутора ријеч атимоус се помиње само једном, и то код Тукидида и значи

⁹. Isto.

¹⁰. Isto, 61.

лишавање часних права¹¹. Спартанци су имали један необичан појам – та кала, у значењу честит живот¹² који сугерише на који начин сваки Спартанац треба да проживи свој живот.

Од малена Спартанац је био подвргаван војничком начину живота (агоге), да би са пунољетством постао члан сиситије – фидитије, колектива у којем су сви чланови војне дружине заједно обједовали, уз то је био дужан да финасира издржавање сиситије и морао је бити храбар ратник¹³. Ако би Спартанац пренабрегао било коју од набројаних обавеза, кажњаван је првенствено искључењем из аристократског слоја пуноправних Спартанаца, што је изазивало одређене правне посљедице. Кукавичлук је на љествици моралних вриједности Спартанаца заузимао само дно, па су такве страшљивице не само кажњавали губитком часних права, већ су уз то морали да носе видљиве ознаке те морално жигосане црте свог карактера, па су морали бити прљави, носити огртаче са обојеним закрпана, бријати само једну страну лица, а све то као знак лакшег препознавања¹⁴. Њих је могао тући ко год је хтио, а било им је забрањено да се жене, као што је била забрањена и удаја женама из њихових породица¹⁵. Упркос оскудици извора, Мекдауел је сачинио једну сажету анализу атимије у Спарти. Спартанац коме је доказано кукавичко држање, није могао обављати државну службу, а вјероватно су му

11. Тукидид, *Пелопонески ратови*, превод и предговор Д. Обрадовић, Admiral Books, Београд, 2010. г. 5,34. Гдје се уз остало каже: "...Бојећи се, међутим, да они њихови људи који су били заробљени на острву Сфактерији, и који су предали оружје, не сматрају да су, услед несреће која их је задесила, понижени и да као пуноправни грађани не би дигли какву побуну (пошто су заузимали и неке положаје у државној служби), Лакедемонци их лише неких грађанских права, тако да нису могли да буду бирани у јавну службу, нити да што купују или продају. Међутим, током времена опет су постали пуноправни грађани".

12. D. M. McDowell, *Spartan Law*, Scottish Academic Press, Edinburg, 1986. g. 42.

13. Isto, 42.

14. Plutarh, *Uporedni životopisi II*, prevod Z. Dukat, ITRO August Cesarec, Zagreb, 1988. g. Agesilaj, 30.3, 339.

15. Isto.

била ускраћена и друга политичка права, понајприје право да учествује у раду скупштине¹⁶. Кукавичлук Спартанца је повлачио за собом и ништавост свих његових купопродајних уговора, а ако би га неко напао, није се смио осветити ни физички ни законски¹⁷. Нема доказа који би посвједочили да ли је губитак грађанских права био временски омеђен и да ли су се укинута права могла поново стећи испољеном хрљаброшћу у будућим биткама¹⁸.

Атимија у Гортинском законнику

Гортинска правда је законодавни споменик из, како му име каже, критског полиса Гортине и представља једини у цјелини сачувани и аутентични законски текст раногрчког права, а производ је дорске правне традиције. Законик је уклесан у каменим блоковима који су наслагани у четири реда. Законик је настао средином V вијека п.н.е, мада неке његове одредбе вуку поријекло чак из VII вијека п.н.е, што га чини најстаријим за сада познатим законским текстом на тлу данашње Европе. О његовој старости свједочи и стари стил којим је писан, тзв. бустрофедон, а писан је на дорском дијалекту грчког језика. Законик чини 12 колумни (стубаца) од којих у свакој има од 53 до 56 редова текста. Гортински законик је пронађен 1884. г. близу Фестоса у развалинама старог града Гортине.

Гортински законик има отприлике овакву структуру: I колумна говори о судовању и судској заштити својине над робовима; II колумна регулише кривичноправне односе и деликте против породице и полног морала; III – IX нормирају слојевите својинске, породичне и наследноправне односе; IX и X расправљају различите облигационоправне односе; X (други став) и XI (први став)

¹⁶. D.M. McDowell, n. d. 45-46.

¹⁷. Isto.

¹⁸. Isto.

се односе на адопцију, и најзад, колумне XI (став 2-5) и XII садрже одредбе које попуњавају правне празнине у претходним колумнама. Евидентно је да Гортински законик регулише доминантно материју приватног права, осим II колумне која уређује јавноправну материју (кривичноправну).

Нас, с обзиром на предмет ове монографије, највише интересује Друга колумна, па ћемо сву пажњу фокусирати на њу. Ова колумна, уз остала кривична дјела, говори и о кривичним дјелима против породице и породичног и полног морала. Истина, ових дјела нема превише, али су вишеструко занимљива како са становишта бића кривичног дјела, тако и с аспекта санкција којима су та дјела запријеђена. Па тако: "Ако неко силује слободног (мушкарца) или слободну (жену), платиће сто статера"¹⁹, док ће за исто злодјело апетајр²⁰ платити десет статера²¹. Међутим, "ако роб (силује) слободног (мушкарца) или слободну (жену), платиће дупло"²², док ће за исти деликт извршен над војкејом или војкејком²³ слободни мушкарац платити "пет драхми"²⁴. И површном анализом ових одредби одмах пада у очи да је у Гортинском законнику озакоњен принцип правне неједнакости јер се припадници различитих друштвених слојева неједнако кажњавају за исто кривично дјело по већ добро уходаном обрасцу. Наиме, припадници виших друштвених слојева ће бити осуђени на десетороструко нижу казну од казне на коју ће бити осуђени припадници слојева са дна друштвене љествице за

¹⁹. *Гортински законик*, колумна II (превод проф. др Симе Аврамовића)

²⁰. Апетајри су прилично широки слој слободних људи, који нијесу припадали аристократији и ускараћена су им плитчка права. Претежно су се бавили занатима и трговином, слично спартанским перијецима.

²¹. Као под напоменом 2.

²². Исто.

²³. Војкеји у Гортини су главни слој подјармљеног становништва. Они су особита врста старих патријархалних робова и уживали су одређену правну заштиту – могли су имати породицу, могли су се женити са слободним женама и имали су одређена имовинска права.

²⁴. Као под напоменом 5.

исто злодјело. О безнадежно обесправљеном положају робова говори сљедећа одредба: "Ако неко (невину) домаћу робињу силом обљуби, платиће два статера; а ако је већ била обљубљена, ако је (силована) по дану (један) обол, а ако је силована по ноћи два обола"²⁵. Овако багателна казна за деликт силовања робиње, бјелодано свједочи о бар двије ствари: прво, да су робови били готово обесправљени, и друго, да је силовање робиње била честа ако не и уобичајена појава, па отуда толико благе казне које као да су стимулисале припаднике горњих слојева гортинског друштва на извршење овог злодјела.

У сличном духу је интонирана и норма која прописује казну од десет статера за онога који покуша да обљуби слододну (неудату) жену ако то потврди свједок²⁶. Гортински законик кажњава учиниоца моралног деликта затеченог *in flagranti* "док са слободном (женом) врши прељубу у (кући њеног оца) или брата или мужа, платиће сто статера"²⁷. За исто дјело платиће двоструко нижу казну учинилац ако је дјело извршио на другом мјесту, а десетоструко нижу ако је деликт извршен са женом апетајра, а ако је исто дјело извршио роб са слободном женом "платиће дупло"²⁸, а ако је то дјело роб починио са робињом, платиће пет статера²⁹.

Не треба бити нарочито проницљив па примијетити да је у Гортинском законуку за дјела која представљају тешко огрешење о морална начела гортинског друштва прописана искључиво имовинска санкција. То и не треба да нас нарочито чуди ако знамо да су архаична права

²⁵. Исто.

²⁶. Исто.

²⁷. Исто.

²⁸. Исто.

²⁹. Исто.

посезала за овом врстом казне и за тежа злодјела, као што је убиство³⁰.

Атимија у атинском праву

Атимија се у Атини, макар на основу већинске литературе која се бави овим феноменом, појављује у два облика, тј. прошла је кроз двије развојне фазе. Њен први облик неки писци називају архаичном или примитивном атимијом³¹, по којој су поштење и непоштење у искључивом односу. Тако, непоштен човјек није могао бити члан заједнице, био је потпуно обесправљен и стављен ван закона, и тако је, што би се данас казало, постајао "легитимна мета" сваког пуноправног члана, јер је то сматрано дозвољеним убиством, док је ова атимија идентификована употребом синтагме атимос есто. Првобитно је појам атимија имао шире значење од оног доцнијег, па поменути Свобода сматра да је израз атимос технато у старо вријеме значио дозвољено убиство особе која је жигосана као атимос, док је атимос есто значило стављање ван закона (*ex lex*), односно изопштење – (*Vogelfrei*)³². Према Свободи, изопштење је генусни појам за три санкције: губитак грађанских права, убиство и прогонство. Изопштење је казна за сваког грађанина који је занемарио своје обавезе према колективитету и организовао напад на њега, одузимана су му сва права која

³⁰. Имовинску казну за убиство срећемо и у старом српском праву о чему свједочи податак, да су Дубровчани захтијевали од краља Милутина да за убиство између Србина и Дубровчанина уведе смртну казну које се примјењивала у Дубровнику, краљ им је одбрусио да "не жели да пролива крв својих, већ хоће да поштује и држи стари обичај вражде, својих предака и свој" (Драгослав Јанковић – Мирко Мирковић, *Државноправна историја Југославије*, ИК "Драганић", Београд, 1997. г. 48.).

³¹. A. R. W. Harison, *The Law of Athens-Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 1971, 169.

³². H. Swoboda, n. d. 6.

је имао и проглашаван је за непријатеља своје државе³³. Старогрчко право је изопштење увијек изрицало онда кад неко, смјера да укине или промијени закон, изигра неки државни споразум или игнорише његову примјену, руши државни поредак и заводи диктатуру, и изда земљу³⁴. Изопштење дјелује само по себи и примјењивано је уз јавно извршење казне за све јавне преступе који су нарушавали законитост и поредак заједнице који су почивали на старим обичајима³⁵. Слобода закључује да изрази атимос есто или атимос еинаи мијењају значење у Солоновом закону о неутралности, који кажњава кумулативно обешчашћењем (атимос еинаи) и прогонством из заједнице свих оних који су у вријеме унутрашњих сукоба сачували неутралност³⁶. Такође, и израз тиме мијења значење и значи част, јер се уводи нова казна - губитак грађанских права, коју означава симнтагма атимос есто³⁷. У сутону V вијека п.н.е, израз атимос означава изопштеног, а у сами смирај V вијека изопштеног идентификујемо термином аогимос - онај кога треба утамничити или дати у ропство³⁸. Ова промјена је важна будући да свједочи о јачању државе, јер држава узима у своје руке кажњавање преступника, тј. приватну репресију оштећеног или члана његовог колективитета замјењује јавна репресија ојачале државе. Тако, аогимос сад означава изопштеног у ужем смислу, а грађанима се сугерише да таквог изруче државним органима да изврше

³³. Isto, 14.

³⁴. Isto, 27-28. Дјелимичну потпору овом ставу срећемо и код Плутарха, гдје се каже да је Ареопаг прије Солона убице и приврженике тираније осуђивао на казну прогонства, а ту казну није укинуо ни Солонов закон о амнестији (Видјети: Плутарх, *Славни ликови антике I*, превод М. Н. Ђурић, Матица српска, Нови Сад, 1990. г. Солон, 19.4, 87.

³⁵. Н. Swoboda, n. d. 29.

³⁶. Isto, 40. Још ригорознији став о овој кукавичкој неутралности имао је Данте Алигијери, па у једној својој изреци децидирано каже: "Најмрачнија мјеста пакла су резервисана за оне који задрже своју неутралност у кризним временима".

³⁷. Н. Swoboda, n. d. 13-14.

³⁸. Isto, 16, 26.

казну³⁹. Овај аутор је истражујући генезу атимије користио и изворе ван полуострва Атике и закључио да атимија није раритет античког права. Истина, главнина тих извора третира атимију у архаичном погледу, односно у функцији изопштења, али понекад и у функцији губитка грађанских прва⁴⁰.

Супротно Свободи, Данијел Ален подупире становиште о атимији као посебној казни за губитак политичких права и како је она испрва имала задатак да опише прогонство оних који су коначно изопштени из полиса⁴¹. Атимија се у класичном периоду преобразила у рестриктивни облик губитка часних права, а извршење казне обешчашћивања била је прије дужност појединаца или чак цијелог колективитета него магистрата⁴².

Дански класични филолог и демограф М. Х. Хансен о проблему генезе атимије сучељава два опречна становишта. Прво становиште каже да у IV п.н.е. атимои нијесу имали заштиту, али то не значи да су били стављени ван закона, јер је тешко повјеровати у то да је таквог било могуће некажњено убити код чињенце да су чланови његове породице, ако су били епитимои, могли подићи тужбу за убиство⁴³. У друом мишљењу Хансен наглашава чињеницу да је разлика између архаичне и класичне атимије прилично магловита. Али је једна дистинкција врло уочљива и говори о томе како је у класичном периоду убиство особе атимос било дозвољено, док је у архајском периоду то била грађанска обавеза⁴⁴. Овај писац тврди да није постојао ниједан закон који је санкционисао деликтне радње против атимисаних лица и додаје да она у IV вијеку п.н.е. нијесу

³⁹. Isto, 26.

⁴⁰. Isto, 17.

⁴¹. D. Alen, n. d. 61.

⁴². Isto, 201-202.

⁴³. Mognes Herman Hansen, *Apagoge, Endeixis and Ephegesis Kakouroi, Atimoi and Pheugontes*, Odense, University Press, Odense, 1976. g. 58.

⁴⁴. Isto, 75.

уживала правну заштиту⁴⁵. Класична атимија је уведена у политички и правни живот у вријеме укидања тираније и спроведених демократских реформи у задњој деценији VI вијека п.н.е.⁴⁶ Он сматра да је класична атимија била амалгам моралне и правне санкције, јер је уз губитак части слиједио и губитак права⁴⁷.

Мекдаул се прикључује мишљењу по којем је атимија у VI и првих деценија V вијека п.н.е. представљала стављање ван закона, па је обешчашћени могао бити убијен и злостављан, а имовину му је могао накажњено приграбити било ко. Он тврди да су под удар овакве атимије падали и странци, и то поткрепљује примјером Артимија из Зелеје јер га је на основу Кимоновог декрета погодила атимија зато што је подмитио Пелопонежане да припомогну Персијанце⁴⁸. У смирај V вијека п.н.е. атимија је доживјела крупне промјене, каже овај аутор, и има функцију лишавања привилегија учешћа у јавном животу атинског полиса и примјењивана је једино на пуноправне атинске грађане⁴⁹.

Енглески научник Робин Харисон, међутим, мисли да су испочетка постојала истовремено два облика атимије: примитивна и нормална⁵⁰. Он атимију поистовјећује са: стављањем ван закона уколико постоји један или сви услови који се захтијевају за конфискацију цијеле имовине; обухватањем атимијом цијеле породице (генос) атимисаног; доживотним прогоном из државе или пак смртном казном⁵¹. Самопомоћ у IV вијеку п.н.е. уступа мјесто поступку апагоге по којем је хапшен делинквент ухваћен на дјелу (*in flagranti*) од стране грађана и његово стављање у

⁴⁵. Isto, 58, 76.

⁴⁶. Isto, 79.

⁴⁷. Isto, 60-61.

⁴⁸. D. M. MacDowell, *The law in Classical Athens*, Thames and Hudson LTD, London, 1978. g. 74.

⁴⁹. Isto, 74.

⁵⁰. A. R. W. Harison, n. d. 169.

⁵¹. Isto, 169.

притвор до саслушања, док стари облик атимије прераста у смртну казну⁵².

Амерички научник, професор древне грчке историје, Брук Менвил тврди да не може бити говора о различитим облицима атимије, него о њеној генези⁵³. Ниједна привилегија која је укидана атимијом није могла бити укинута прије него што је прописана законом. Преломни догађај у развоју атимије представља Солонев закон о стасису који успоставља грађанство – епитимију⁵⁴. Садржина атимије се мијења тако што она тек након Солона први пут означава губитак часних права, тј. учешћа у управљању полисом⁵⁵. Дакле, атимија се развијала као антоним епитимије. Овај писац тврди да је послје чувеног случаја Артимија из Зелеја атимија била примјењивана само у Атини⁵⁶.

Везано за напријед истакнута мишљења, сматрамо да је становиште о еволуцији атимије најближе истини. У том погледу наглашавамо чињеницу да се и у класичном периоду срећу остаци атимије у облику дозвољеног убиства лица које руши демократију и заводи тиранију, прељубника⁵⁷, у нужној одбрани, ноћног лопова, прекршиоца казне прогонства, зато је тешко установити одсјечиту разлику између архаичне и класичне атимије.

Сматрали смо нужним да дамо сажет осврт на поријекло, врсте и еволуцију атимије у њеном историјском развоју, да би боље разумјели њену правно-политичку нарав, дејство, посједице које производи, поље њене

⁵². Isto, 170.

⁵³. Brook Manville, "Solon's Law of Stasis and *Atimia* in Archaic Athens", *Transactions of the American Philological Association*, 110/1980. g. 214.

⁵⁴: Isto, 214-217.

⁵⁵. Isto, 218-219.

⁵⁶. Isto, 221.

⁵⁷. У дозвољено убиство у атинском праву спадало је и тзв. убиство у "одбрани части", кад је "оштећени" имао право да некажњено убије: жену, мајку, сестру, кћи ако их затекне у прељуби (видјети: Саво Марковић, *Општа историја права I*, Универзитет "Медитеран" – Подгорица, 2008. г. 220-221).

примјене и, најзад, њено место у правном и политичком систему старе Грчке, а посебно полиса Атине.

У атинском праву, као парадигми строгрчког права, као уосталом и у праву осталих грчких полиса, поред личне части и честитости, нарочито је вођено рачуна о појму грађанске части, која је уско била повезана са појмовима: *politikos* и *idiotikos*, а ови су појмови у најтјешњој вези са грчким поимањем полиса као друштвене заједнице, у којој су јавни и приватни интереси били испреплетани. Приватни интерес грађанина и његовог оикоса (куће – породице) у полису се готово утапао у општи интерес полиса као државне творевине. Данашња динстикција термина "јавно" и "приватно" старим Грцима, а особито Атињанима, била је непозната. Све што данас подразумевамо под појмом јавно, тј. јавно право, Атињани су истовремено доживљавали и као њихов приватни посао у најотменијем значењу те ријечи, па је обављање државних послова било и у њиховом приватном интересу⁵⁸.

Сагласно таквом схватању, Грци у свом језику нијесу имали други адекватнији назив за термин "јавно" осим термина *politikos*. У коријену овог појма је полис, град-држава, основни облик друштвеног и политичког организовања старих Грка за све вријеме трајања ове цивилизације. Тако *politikos* сублимише у себи све оно што се односи на полис и његове функције, па једино у том смислу асоцира на наш термин "јавни". За разлику од њега појам *idiotikos* би могао бити пандан данашњем појму "приватни" и значио би обављање само својих приватних послова, тј. означавао би данашњег "грађанина покорног". За Атињане је учешће у управљању полисом и брига за његово ефикасно функционисање било једино достојно

⁵⁸. С. Аврамовић, *Правна историја старог века Општа историја државе и права I део*, друго допуњено издање, Београд, 1993. г. 137.

занимање, а оног којег то није занимало, него се старао о себи и својим интересима, називали су пежоративно *idiotes* (ту је коријен ријечи идиот у савременим језицима). У преносном значењу, *idiotes* је особа коју не занима политика, која не мари за државу, тј. особа која није *politikos*. У том свјетлу и тумачимо гласиту Аристотелову изреку *antropos zoon politikon* – "човјек је политичка животиња" (како се дословно преводи) или "човјек је политичко биће" (што је адекватнији превод).

Корпус права пунољетног и пуноправног Атињанина био је веома широк и разноврсан, а обухватао је: право учествовања на скупштинама, право учешћа у суђењима и право обраћања суду, учествовање на религијским светковинама, право да бира и да буде биран у одређене државне магистрате. Цјелина ових права је инкорпорирана у појам грађанске части (*time*). Уживање свих часних права, цијелог тиме-а, назива се *epitimia*. Али, посједовање грађанских права је претпостављало извршавање одређених обавеза. Генусни назив тих обавеза је *liturgia*, у значењу служба у корист државе⁵⁹, "јасна алузија на њено данашње значење, служба Богу".⁶⁰

Казне бешћашћа су прилично често примјењиване у атинском кривичном праву за различита кривична дјела. Ипак, најчешће су изрицане за оне дјела која су била уперена против личног и породичног морала. У том смислу је вишеструко карактеристично кривично дјело прељубе. Наиме, она је потпадала под приватну репресију, а осрамоћени муж је могао да бира да ли ће прељубнике казнити или им опростити деликт. Муж је прељубника могао некажњено убити – дозвољено убиство, а могао му је поштедити живот, компензујући то новчаном накнадом и

⁵⁹ С. Марковић, н. д. 209; С. Аврамовић, н. д. 131.

⁶⁰ С. Марковић, н. д., 209.

срамоћењем прељубника тако што му је гурао ротквицу у анус наочиглед присутних Атињана.

У атинском праву широко је примјењивана казна губитка части (atimia) и појављивала се у три облика: губитак једног, стриктно одређеног права (појединачна атимија) и искључиво неких (дјелимична атимија) или пак свих политичких права (потпуна атимија). Неријетко је уз атимију изрицана и казна конфискација имовине. Дјелимична атимија је кажњеника лишавала "појединих политичких права – право обављања свештеничке дужности, право говора у скупштини, право обраћања суду и сл"⁶¹. Потпуна атимија је била неумољива и имала је карактер потпуне политичке дисквалификације кажњеника јер је значила забрану обављања свих јавних дужности – учествовање у раду скупштине, посјеђивање храмова, светковина, позоришта, обраћење суду и сл. Под удар атимије обавезно долазе: 1) грађани који нешто дугују држави, а своју обавезу нијесу драговољно испунили; 2) лица осуђена на инфамну казну (казну бешчашћа), због крађе, проституције и сл, и 3) лица која су злоупотребила право подизања тужбе *graphē paranomon*"⁶².

Најзад, вриједно је поменути да слободним Атињанима кажна бешчашћа (батинањем) није изрицана јер се то косило са атинским појмом елефтерије (слободе). Уз то, демократској Атини је било страшно брутално и нечовјечно поступање са поданицима, чак и робовима, осим кад је то било нужно, тако да у Атини готово да и није било робовских устанака. Санкција бешчашћа (батинањем) у атинском праву остала је само "привилегија" робова и тужно свједочанство њиховог статуса као андропеде - двоножне животиње.

⁶¹. С. Марковић. н. д. 221.

⁶². Исто, 221-222.

Summary

Honor (time) had an outstanding place in the social life of ancient Greece. Ancient Greek law also pays special attention to it, particularly since honor almost decisively influenced the social and legal status of the ancient Greeks. Honor among the ancient Greeks was elevated to the rank of virtue.

At the opposite pole of honor(time), there is atimia (dishonesty, dishonor, contempt, shame, penance, pedepsa, persecution, loss of civil rights), while in the literature studying ancient Greek law, atimia usually means loss of honor or loss of civil rights. According to the severity of the moral offense, the offender was affected by: individual atimia (loss of individual civil rights), partial atimia (loss of a particular group of civil rights), or complete atimia (loss of all civil rights).



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

OGLEDI

Mr Sanja ŽIVKOVIĆ ¹

SLOBODA PRUŽANJA USLUGA
analiza direktive 2006/123/EZ - direktiva Bolkestein

Socio-ekonomska integracija predviđena sadašnjim čl. 3 UEU omogućuje stvaranje unutrašnjeg tržišta koje predstavlja prostor bez unutrašnjih granica u kojem je osigurana sloboda kretanja ljudi, robe, kapitala i usluga² omogućujući na taj način kretanje produktivnih faktora unutar Evropske Unije, ponovno afirmišući jedan od osnovnih ciljeva koji je bio sadržan još u Ugovoru o Evropskoj ekonomskoj zajednici, a koji se kasnije realizovao Jedinostvenim evropskim aktom. Poslije reforme nastale Lisabonskim ugovorom, dolaze do izražaja članovi Ugovora FEU koji se bave slobodom kretanja usluga i kojima se dodaju članovi vezani za slobodu nastanjivanja predstavljajući i definišući na taj način jedan sistem liberalizacije autonomnih radnika unutar Evropske Unije. Zahvaljujući brojnim intervencijama Suda pravde, sloboda pružanja usluga danas predstavlja svaku ekonomsko relevantnu uslugu koja nužno ne podrazumijeva permanentno nastanjivanje pružaoca usluge u drugoj državi članici lica kojoj su usluge namijenjene.³

Član 57 UFEU podrazumijeva pod uslugom svaku uslugu datu uz odgovarajuću nadoknadu i koja nije regulisana nekom od odredbi vezanih za slobodu kretanja ljudi, robe i kapitala. Isti čl. 57 u nastavku grupiše kao usluge djelatnosti industrijskog i komercijalnog karaktera, djelatnosti slobodnih

¹ Saradnik na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore

² Čl. 26 UFEU.

³ Presuda Suda pravde od 28. aprila 1998.g. *Grogan*, C-159/90, I-4685.

zanimanja i zanatske djelatnosti.⁴ Pružalac usluge može, u svrhu pružanja usluge, svoju djelatnost privremeno obavljati u državi članici u kojoj se usluga pruža pod istim uslovima koji su propisani za državljane te države članice.⁵

Nakon svega gore navedenog možemo zaključiti da termin usluga ima nužno ekonomski sadržaj gdje sama usluga mora biti realna i efektivna.⁶ Takođe, da bi usluga bila obuhvaćena Ugovorom, nije neophodan prethodni dogovor između pružaoca usluge i korisnika usluge, jer usluga može biti ponuđena neograničenom broju ljudi.⁷

Rezidualni karakter termina usluga podrazumijeva da Sud pravde prvo mora ocijeniti da li određena aktivnost spada u oblast preostale tri slobode da bi na kraju odlučio da li tu istu aktivnost može tretirati kao uslugu.⁸ Dakle, termin usluga osim što podrazumijeva svaku aktivnost ekonomski relevantnu, ona predstavlja i određeno davanje tj. *facere* a ne razmjenu dobara, odnosi se na subjekte koji se nalaze na teritoriji Evropske Unije i vrši se shodno modalitetima predviđenim samim ugovorom.

Što se tiče oblasti primjene *ratione personarum* treba napraviti razliku između pravnih i fizičkih lica. Što se tiče fizičkih lica neophodno je zadovoljiti dva uslova i to: državljanstvo države članice i nastanjenost na teritoriji Evropske Unije. Pravna lica koja su osnovana u skladu sa zakonom države članice i koje imaju registrovano sjedište, glavnu upravu ili glavno mjesto poslovanja unutar EU tretiraju se na isti način kao i fizička lica koja su državljani država članica.⁹

⁴ . U okviru čl.57 UFEU ubrajaju se takođe i usluge koje se vrše na sličan način naročito ako imamo u vidu odredbe Generalnog programa o eliminaciji ograničenja slobodi pružanja usluga od 1961.godine usvojenog od strane Savjeta.

⁵ Čl. 57 UFEU.

⁶ Presuda Suda pravde od 5.10.1988, *Steymann*, C-52/79, I-6159.

⁷ Presuda Suda pravde 18.03.1980 *Debavue*, C-52/79, I-833.

⁸ Npr presuda Suda pravde od 30.04.1973 *Sacchi*, C-155/73, I-409 i presuda od 26.02.1991. *Komisija vs. Italija*, C-180/89, I-709.

⁹ Čl.54 UFEU.

Prekogраниčni karakter uslužne djelatnosti

Čl. 56 UFEU isključivo se odnosi na slobodu pružanja usluga koja imaju prekogranični karakter gdje se zabrana ograničenja odnosi na pružanje usluga od strane državljana država članica koja imaju sjedište u nekoj od država članica ali ne u istoj državi članici gdje ima sjedište lice kome je usluga namijenjena.

Na ovaj način ostaje van domašaja ugovora svaka uslužna djelatnost koja se odvija unutar jedne iste države članice.¹⁰

Uslužna djelatnost koja podrazumijeva kretanje pružaoca usluge iz jedne države članice u drugu moraće biti analizirana slučaj po slučaj kako bi razgraničili da li se radi o slobodi pružanja usluga ili slobodi nastanjivanja. Uglavnom se smatra da se radi o slobodi nastanjivanja ukoliko se određena aktivnost kontinuirano i regularno vrši u jednoj državi članici pomoću sredstava i resursa koji se nalaze u toj istoj državi članici.¹¹ Međutim ukoliko se ta ista aktivnost odvija bez ikakvih kretanja subjekata zato što je usluga ta koja „prelazi granicu“ onda govorimo o slobodi pružanja usluga.¹²

U presudi *Luisi i Carbone*¹³ priznato je od strane Suda pravde da radi izvršenja usluge može doći do kretanja kako pružaoca usluge, koji odlazi u državu članicu korisnika usluge tako i korisnika iste koji može doći u državu članicu pružaoca usluge. Čl. 57 UFEU uzima u obzir prvi slučaj, priznajući mogućnost pružaoca usluge da privremeno obavlja svoju djelatnost u državi članici korisnika usluge, dok slučaj boravka korisnika usluge u državi članici pružaoca usluge biva upotunjeno u oblasti liberalizacije pružanja usluga.

¹⁰ Presuda Suda pravde 30. mart 2006, *Servizi ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, I-2941.

¹¹ Presuda Suda pravde 17. jun 1997, *Sodemare*, C-70/95, I-3395.

¹² Presuda Suda pravde 17. jul 1997, *ARO Lease*, C-190/95, I-4383.

¹³ Presuda Suda pravde od 31. januara 1984, *Luisi Carbone*, C-286/83, Racc.377.

Na osnovu gore navedenog može se zaključiti da čl. 56, 57 i sl. UFEU se primjenjuju svaki put kad državljanin države članice nudi svoje usluge u drugim državama članicama, bez obzira na mjesto u kom je nastanjen korisnik usluge.¹⁴ Sam termin „pružanje usluge“ koji je relevantan za pravo EU odnosi se na usluge tj. uslužnu djelatnost koje se ostvaruje prelaskom granice radi kretanja jednog ili oba subjekta (pružaoca i korisnika usluge), kao i radi prekograničnog kretanja same usluge.

Evolucija slobode pružanja usluga

Sloboda pružanja usluga se smatrala, još od početka kao jedan od osnovnih principa procesa socio-ekonomske integracije EU. Zajedno sa ostale tri slobode, promoviše se stvaranje jedinstvenog unutrašnjeg tržišta osiguravajući ta taj način kretanje produktivnih faktora unutar EU. Istovremeno zabranjuju se diskriminacije na osnovu državljanstva pružaoca usluge i korisnika usluge, favorizujući vršenje uslužnih djelatnosti na tržištima van njihovih država članica, utičući na taj način na sam proces socijalne integracije.

Na osnovu originarnog teksta Ugovora iz 1957. godine, šema koja je bila predviđena za liberalizaciju slobode pružanja usluga trebala se postepeno ostvarivati u smislu da su nacionalne restrikcije trebale postepeno biti eliminisane tokom tranzitornog perioda. Sud pravde je svojom intervencijom ubrzao proces liberalizacije, kada je bio pozvan da tumači članove ex čl. 49 i 50 UEZ, priznajući im direktno dejstvo zabrani restrikcija slobodi pružanja usluga. Glavna posljedica koja je iz toga proizišla jeste eliminacija svakog tipa ograničenja koji pogađa pružaoca usluge a tiču se državljanstva ili mjesta stalnog boravka.¹⁵

¹⁴ Presuda Suda pravde 5. jun 1997, *Syndesmos ton en Elladi Touristikon*, C-398/95, I-3091.

¹⁵ Presuda Suda pravde 3. decembar 1974, *Van Binsbergen*, C-33/73, I-1308.

Direktno dejstvo

Zahvaljujući priznavanju direktnog dejstva odredbama Ugovora koje se odnose na slobodu pružanja usluga data je mogućnost svakom pružaocu usluga da ostvari svoja prava pred Sudom pravde EU u slučaju da mu država članica limitira slobodu pružanja usluge. Shodno tome, nacionalni sudovi i nacionalna administracija ne mogu sprovoditi norme koje bi limitirale slobodu pružanja usluga ili koje bi predstavljale prepreku u njenom vršenju.¹⁶ U suprotnom, institucije države članice mogle bi izazvati, ukoliko postoje pretpostavke za to, odgovornost države članice za štetu radi nepoštovanja prava EU.¹⁷ Direktno dejstvo je priznato i direktivama donijetim u skladu sa čl. 53 i 62 UFEU koje imaju za cilj da olakšaju efektivno izvođenje pružanja usluge. Po tom pitanju Sud pravde je precizirao da ukoliko je direktiva jasna, precizna i bezuslovna onda ona može proizvoditi direktno dejstvo.¹⁸ Nacionalne mjere, bilo da se radi o državi članici pružaoca usluge ili državi članici korisnika usluge koje su restriktivnog karaktera Ugovorom su zabranjene.¹⁹

Izuzeci od slobode pružanja usluga

Dozvoljeno je državama članicama u izuzetnim slučajevima da usvoje mjere diskriminatornog karaktera koje se odnose na aktivnosti predviđene čl. 56 UFEU. Radi se o tačno određenim izuzecima predviđenim Ugovorom²⁰ koje mogu biti predmet samo uske interpretacije. Biće poslije zadatak svake države članice dokazati da te određene

¹⁶ Presuda Suda pravde od 29 aprila 1999, *Ciola*, C-224/79, I-2517.

¹⁷ Presuda Suda pravde od 16. novembra 1991, *Frankovich*, C-6/90 i C-9/90, I-5357.

¹⁸ Presuda Suda pravde od 17. oktobra 1989, *Carpaneto Piacentino*, C-231/87 i 129/88, I-3233.

¹⁹ Presuda Suda pravde od 11. jula 2000, *Carpenter*, C-60/00, I-6279.

²⁰ Presuda Suda pravde od 16. januara 2003, *Komisija vs. Italija*, C-488/01, I-721.

restriktivne mjere su dozvoljene u skladu sa Ugovorom, imajući u vidu činjenicu da je sloboda pružanja usluga pravilo a njena restrikcija izuzetak.

Jedan od prvih izuzetaka odnosi se na aktivnosti koje učestvuju, pa makar i sporadično u vršenju državne vlasti. Ovaj tip izuzetka moći će se primijeniti samo na one aktivnosti koje učestvuju direktno i konkretno u vršenju državne vlasti.²¹

Čl. 52 UFEU bavi se razlozima javnog reda, bezbjednosti i javnog zdravlja koje su takođe klauzule izuzetka u materiji slobode kretanja ljudi, sa mogućnošću njihove primjene na zaposlena lica na osnovu čl.45 UFEU, i na koje se vrlo često države članice pozivaju kako bi opravdali ograničenja donijeta u slobodi pružanja usluga.

Što se tiče koncepta javnog reda, taj termin nije ranije bio dio Ugovora već ga je stvorila sudska praksa Suda pravde, koja je isključila mogućnost za države članice da se pozivaju na isti kako bi ostvarile ciljeve ekonomske prirode.²²

Može se dakle zaključiti da kada se jedna država članica poziva na klauzule izuzetka iz čl. 52 UFUE kako bi opravdala neku svoju nacionalnu normativu, onda ta ista normativa može se smatrati kao izuzetak dozvoljen od strane Ugovora samo ukoliko je u skladu sa principima proglašenim od strane Suda pravde, naravno imajući u vidu i činjenicu da ta ista mjera mora biti proporcionalna cilju koji želi ostvariti.

Zabrana indirektnih diskriminacija

Osim ograničenja u slobodi pružanja usluga generalno predviđenih čl. 56 UFUE, treba obratiti pažnju i na one mjere, koje na prvi pogled nisu diskriminatorne, ali u suštini stvaraju ograničenja u slobodi pružanja usluga unutar Evropske Unije. Sud pravde je proglasio zabranjenim ne samo nacionalne

²¹ Presuda Suda pravde od 21. juna 1974, *Reyners*, C-2/74, I-631.

²² Presuda Suda pravde od 29. aprila 1999, *Ciola*, C-224/97, I-2521.

norme koje stvaraju jasnu diskriminaciju, već i sve one restriktivne mjere koje iako formalno nisu diskriminatorne postavljaju pružaoca usluge u nepovoljan položaj.

Čl. 56 UFEU ne zabranjuje samo diskriminacije na osnovu državljanstva nego i svaku formu diskriminacije koja za rezultat ima ograničenje slobode pružanja usluge.

Iz gore navedenog proizilazi da svaka uslužna djelatnost mora poštovati nacionalnu normativu koja će kasnije biti priznata i od ostalih država članica, (tzv. princip *home country control*) izbjegavajući na taj način multiplikaciju sistema kontrole nad pruženom uslugom od strane više država članica u kojima se usluga vrši.

Izuzeci od zabrane indirektna diskriminacije

U suštini, sloboda pružanja usluga nije apsolutna. Ukoliko ne postoji harmonizacija na nivou Unije, Sud pravde dozvoljava državama članicama da primjenjuju one nacionalne mjere koje, umjesto da budu diskriminatorne, predstavljaju neku vrstu ograničenja opravdanog na osnovu čl.52 UFEU.

Sud pravde u zadnje vrijeme je proširio broj dozvoljenih izuzetaka²³ ali se u isto vrijeme evropski zakonodavac kretao u suprotnom smjeru. U direktivi usluga 123/2006/EZ imperativni razlozi koji mogu biti pozvani od strane države članice kako bi se opravdala eventualna ograničenja slobode pružanja usluga su samo radi očuvanja javnog reda, bezbjednosti, zdravlja i očuvanja životne sredine.²⁴ Bez obzira na to, ništa se ne mijenja sa izuzecima predviđenim u čl. 52 UFEU.

U svakom slučaju, Sud pravde je smatrao da svaki tip restriktivne mjere mora da ispuni dva uslova: nužnost i

²³ Kao npr. presude Suda pravde od 28. aprila 1998, *Kohll*, C-158/96, I-1931, presuda od 11. januara 2007, *Stamatelaki*, C-444/05, I-1065.

²⁴ Direktiva 2006/123-CE, GU L 376 od 27. decembra 2006, str.36, član.16.

proporcionalnost u odnosu na zadati cilj.²⁵ Dakle, nacionalna normativa moraće da poštuje date uslove kako bi bila kompatibilna sa čl. 56 UFEU. Biće kasnije obaveza države članice da opravda uvedenu nediskriminatornu restriktivnu mjeru u svoje zakonodavstvo.²⁶

Ostvarivanjem cilja koordinacije između nacionalnih sistema, država članica neće moći da se poziva na poštovanje nacionalnih potreba kako bi suzila slobodu pružanja usluga samo na sektor u kojem se ostvarila harmonizacija. Biće obaveza samo države u kojoj je započeto pružanje usluge da nadgleda poštovanje nacionalne normative koja će biti i jedina koja će moći da se primjeni na pruženu uslugu. Država članica u kojoj će se usluga izvršiti moći će da traži poštovanje svoje nacionalne normative samo ukoliko je opravdava koordinaciona direktiva.²⁷

Rezimirajući ograničenja u slobodi pružanja usluga, može se zaključiti da su restriktivne mjere opravdane samo ukoliko su sadržane u čl. 51 i 52 UFUE, dok restriktivne mjere mogu biti usvojene od strane država članica samo ukoliko su opravdane iz imperativnih razloga i ukoliko su proporcionalne.

Direktiva usluga - direktiva Bolkestein

Jedinstveno evropsko tržište predstavlja izvor mogućnosti svim preduzetnicima koji žele širiti svoja poslovanja izvan granica svojih država članica. Proces integracije Evrope koji je doprinio postepenom otvaranju unutrašnjih tržišta pokušao je eliminirati svaki tip prepreke slobodi kretanja ljudi, kapitala, usluga i roba. Najznačajniji doprinos u finiširanju stvaranja jedinstvenog evropskog tržišta dala je direktiva 2006/123/EZ²⁸, poznata kao i Bolkesteinova

²⁵ Presuda Suda pravde od 25. jula 2002, *Mrax*, C-459/99, I-6591.

²⁶ Presuda Suda pravde od 21. oktobra 1999, *Zenatti*, C-67/98, I-7289.

²⁷ Presuda Suda pravde od 16. decembra 1992, *Komisija c. Belgija*, C-211/91.

²⁸ Direktiva 2006/123/EZ, GU L 376 od 27. decembra 2006, str.36.

direktiva, dobivši ime po evropskom komesaru za unutrašnje tržište, Fritsa Bolkesteina. Direktiva usluga pronalazi svoj pravnički osnov u UEZ, danas modifikovani UFUE, koja za zadatak ima preventivno uređenje unutrašnjeg tržišta shvaćeno kao prostor bez unutrašnjih granica u kojem je osigurana sloboda pružanja usluga²⁹ kao i pravo pružanja tih usluga unutar EU.³⁰ Eliminišući prepreke u razvoju sektora usluga između država članica teži se ostvarivanju veće konkurentnosti i kompetitivnosti koja je neophodna radi ekonomskog rasta EU. S jedne strane direktiva daje jednu opštu pravnu sliku imajući za cilj uklanjanje svake barijere koja bi otežala njenu primjenu dok sa druge strane teži harmonizaciji i modernizaciji nacionalnog zakonodavstva u oblasti pružanja usluga. Kao što sam i ranije rekla, Sud pravde se u svojim presudama izjasnio da svaki zakon država članica koji je diskriminatoran, kao i onaj koji na prvi pogled izjednačava nacionalnog pružaoca usluge sa pružaocem usluge druge države članice ali u suštini favorizuje domaćeg pružaoca usluge predstavlja prepreku u slobodi pružanja usluga.³¹

Još od istorijske presude *Van Gend en Loos*³² proizilazi princip na osnovu koga iz obaveza nametnutim državama članicama proizilaze prava građanima, jer subjekti pravnog poretka nisu samo države članice već i njihovi građani. Kada jedna država članica prekrši neku od normi ugovora, državljani država članica imaju pravo da se obrate nacionalnim sudovima. Naravno ovaj mehanizam direktnog dejstva se primjenjuje samo kada su njene dispozicije jasne, precizne i bezuslovne.

U presudi *Reyners*³³, advokat Reyners nije mogao raditi u Belgiji jer je ta država tražila kao uslov za obavljanje

²⁹ Čl. 26 UFUE.

³⁰ Čl.56 UFUE.

³¹ Presuda Suda pravde *Sager*, 25. jul 1991, C-76/90, I-4221, tačka.12.

³² Presuda Suda pravde *Van Gend en Loos*, 5. februar 1963, C-26/62.

³³ Presuda Suda pravde *Reyners* od 21. jula 1974, C-2/74.

advokature državljanstvo Belgije. Sud pravde se u nedostatku direktive pozvao na direktno dejstvo normi Ugovora. Kasnije je priznato i određenim normama ugovora, imajući u vidu njihovu naročitu važnost, mogućnost za državljane država članica da pozovu na njihovo poštovanje ne samo državu članicu već i druge građane država članica koji ih ne poštuju, afirmišući na taj način princip direktnog horizontalnog dejstva.³⁴

Najznačajniji aspekti koji su regulisani ovom direktivom su pojednostvaljenje administrativnih procedura radi dobijanja neophodnih dozvola, garancija kvaliteta pružene usluge, zaštita korisnika tih usluga.

Evropski zakonodavac je umjesto da definiše usluge koje će biti obuhvaćene direktivom izabrao da definiše oblasti koje direktiva neće regulisati. Među uslugama regulisanim direktivom spadaju menadžerske usluge, pravne usluge, turističke itd. Definicija usluge obuhvata ne samo uslugu pruženu građanima već i onu pruženu državnim organima. Direktiva se primjenjuje i u slučaju kada se pružalac ili korisnik usluga kreću iz jedne države članice u drugu, kada se usluge daju putem interneta ili na daljinu.

Administrativne olakšice

Administrativne olakšice predstavljaju jedan od najbitnijih aspekata direktive, imajući za zadatak modernizaciju administrativnih procesa koji bi eliminisali prisutne prepreke u nacionalnim zakonodavstvima. Države članice su morale preispitati svoje administrativne procedure kako bi ih učinili jednostavnijim i lakšim za pristup.³⁵

³⁴ Presuda Suda pravde *Defrenne*, 8. april 1976, C-43/75.

³⁵ Čl.5.

Jedinstvene kontaktne tačke

Zahvaljujući jedinstvenim kontaktim tačkama svaki pružalac usluga će moći da se obrati samo jednoj kontaktnoj tački kako bi obavio određene formalnosti vezane za svoju uslužnu djelatnost, kao npr. izjave, prijave ili zahtjeve potrebne radi dobijanja ovlaštenja nadležnih tijela i sl.³⁶ Ova prednost se naročito ogleda u uštedi vremena, novca i ostalih dodatnih komplikacija koje se obično dogode prilikom obraćanja više različitih instanci. Direktiva navodi kao obavezu državama članicama da prilagode svoje procedure kako bi svi građani država članica mogli dobiti tražene usluge.

Pomoću jedinstvenih kontaktnih tački pružalac i korisnik usluga imaju pravo da dobiju tražene informacije koje im moraju biti saopštene jasno i precizno, kojima je lako pristupiti i sa daljine, putem interneta i koje moraju biti blagovremeno ažurirane.³⁷

Restriktivne mjere država članica

U svrhu slobode pružanja usluga države članice ne smiju usloviti pristup ili izvođenje uslužne djelatnosti na teritoriji države članice ispunjavanjem nekih od uslova koji ne poštuju načela nediskriminacije, nužnosti i proporcionalnosti.³⁸ Od samog početka dosta se kritikovao ovaj princip smatrajući ga uzrokom budućeg „social dumping-a“ koji bi umanjio nivo socijalne zaštite, prava radnika i prosječne plate. S druge strane pristalice direktive inistirale su na ovom principu koji bi po njihovom mišljenju uvećao produktivnost i zaposlenost zahvaljujući liberalizaciji usluga unutar EU.

Na osnovu čl. 16 Direktive usluga, pružatelju usluga mora biti omogućeno da sprovodi svoju aktivnost i u drugim

³⁶ Čl. 6.

³⁷ Čl. 7.

³⁸ Čl. 16.

državama članicama na isti nači kao što bi iste sprovodio u svojoj državi članici tako što mu ne bi mogle biti nametnute dodatne dozvole/ovlašćenja koja inače ne bi mu bila tražena u njegovoj državi članici. Međutim državi članici u koju se pružatelj usluge preseli nije zabranjeno uvođenje zahtjeva ukoliko su oni opravdani iz razloga javnog reda, bezbjednosti, zdravlja i zaštite životne sredine.³⁹

Može se dakle zaključiti da poštovanje ovog principa predstavlja presudan element prilikom procjene nacionalnih sudija o nužnosti i proporcionalnosti određene restriktivne mjere koju država članica korisnika usluge želi opravdati. Iako je Sud pravde maksimalno podstakao nacionalno sudstvo ka što većoj saradnji kako bi ostvarili liberalizaciju pružanja usluga, još uvijek nismo ostvarili pravi „*home country control*“.⁴⁰

Sistem ovlašćivanja

Sistem ovlašćivanja predstavlja svaki postupak koji pružatelj ili korisnik usluge mora slijediti da bi od nadležnog tijela dobio službenu odluku o pristupu ili izvođenju uslužne djelatnosti.⁴¹ Države članice ostavljaju sebi za pravo da određenu uslužnu djelatnost uslove sistemom ovlašćivanja koji bi poštovao principe nediskriminacije, proporcionalnosti i jasnosti.⁴² Bitno je napomenuti da nadležni organi ne smiju samovoljno izvršavati svoje nadležnosti ovlašćivanja. Traženo ovlašćenje mora biti izdato čim budu zadovoljeni traženi uslovi. Svaka odluka nadležnih organa, uključujući odbijanje ili ukidanje ovlašćenja mora se obrazložiti i ista može biti predmet spora pred sudom.

³⁹ Čl.16.

⁴⁰ F. Bestagno, L.Radicati di Brozolo, „Il mercato unico dei servizi“, Milano, 2007.

⁴¹ Čl.4.

⁴² Čl. 9 i čl.10.

Dužina trajanja ovlašćenja ne treba biti ograničena, osim zbog razloga javnog interesa.⁴³ Broj datih ovlašćenja može biti ograničen za određene djelatnosti naročito ako se radi o manjku prirodnih resursa ili zbog ograničenih tehničkih mogućnosti.⁴⁴ U ovim slučajevima države članice moraće sprovesti proceduru selekcije koja će zadovoljiti kriterijume transparentnosti i nepristrasnosti i koja će biti praćena odgovarajućim obavještenjem o pokretanju, sprovođenju i okončanju postupka. U ovom slučaju ovlašćenje će imati vremensko ograničenje i neće biti predmet automatskog produženja.⁴⁵

Uslovi za pristup ili izvođenje uslužne djelatnosti

Čl. 14 Direktive usluga predstavlja tzv. crnu listu na osnovu koje države članice ne mogu usloviti pristup ili izvođenje uslužne djelatnosti ispunjavanjem određenih zahtjeva. Ti zahtjevi ponavljaju principe sadržane u Ugovoru, naročito ako uzmemo u obzir i njihovu interpretaciju datu od strane Suda pravde. Konkretno se radi o zahtjevima diskriminatornog direktnog ili indirektnog karaktera na osnovu državljanstva i zabrana ograničavanje slobode pružatelju usluge da izabere između glavnog ili sekundarnog poslovnog nastana.⁴⁶

Za razliku od čl. 16, čl. 15 predstavlja tzv. „sivu listu“ u kojem se navodi da države članice ispituju da li u njihovim nacionalnom zakonodavstvu pristup ili izvođenje uslužne djelatnosti uslovljeno određenim zahtjevima, među kojima je obaveza pružatelja usluge da ima posebni pravni oblik, zabrana više od jednog poslovnog sjedišta na državnoj teritoriji itd. U svim ovim slučajevima neće biti potrebno verifikovati

⁴³ Čl. 11.

⁴⁴ Čl. 12.

⁴⁵ Čl. 12.

⁴⁶ Čl. 14.

usklađenost sa uslovima nediskriminacije, nužnosti i proporcionalnosti koji su navedeni u čl. 9 ove direktive.

Afirmišući princip slobode pružanja usluga države članice ne mogu usloviti pristup uslužnoj djelatnosti niti njenu aktivnost osim ako to nije opravdano iz razloga javnog reda, bezbjednosti, javnog zdravlja ili zaštite životne sredine. U slučaju da uslove datu uslužnu djelatnost, moraće je usloviti poštujući principe nediskriminacije, nužnosti i proporcionalnosti. Ostaju isključene sledeće uslužne djelatnosti: pošta, električna energija, gas, distribucija vode.⁴⁷

Kvalitet pružene usluge

Peto poglavlje ove direktive se bavi obavezama pružatelja usluga da zadovolji kriterijume transparentnosti, i to tako što će se države članice obavezati da pružatelji usluga korisnicima te iste informacije i dostave. U suštini se radi o dva tipa informacija: one koje pružatelj usluga mora uvijek i svakako dostaviti korisniku usluge i one informacije koje će dostaviti na zahtjev korisnika usluge.⁴⁸

Ove informacije moraju biti jasne i precizne, moraju biti date na vrijeme, prije potpisivanja ugovora, a u nedostatku ugovora, prije pružanja usluge.⁴⁹

Crna Gora na putu u EU

Od samog početka integracijskog procesa u Evropi, svaka evropska država može zatražiti članstvo u EU. U čl. 49 UEU su bliže definisani uslovi koje države kandidati moraju ispunjavati za članstvo u Evropsku Uniju. Svaka evropska država koja teži ulasku u Evropsku Uniju mora imati državno uređenje koja počiva na načelima poštovanja slobode,

⁴⁷ Čl.17.

⁴⁸ Čl.22.

⁴⁹ Čl. 22.

demokratije, vladavine prava, jednakosti, poštovanja ljudskih prava i prava manjina.⁵⁰ Kriterijumi iz Kopenhagena iz 1993. godine su kriterijumi koji svi budući kandidati moraju ispunjavati prije primanja u punopravno članstvo EU, a to su: politički kriterijum (stabilnost institucija koje osiguravaju vladavinu prava, demokratiju i poštovanje ljudskih prava i prava manjina), ekonomski kriterijum (postojanje stabilne tržišne ekonomije koja bi mogla da se nosi sa konkurentskim pritiscima) i pravni kriterijum (usvajanje cjelokupne pravne tekovine EU). Već 1995. godine u Madridu se dodao i četvrti, administrativni kriterijum (prilagođavanje administrativnih struktura s ciljem osiguravanje potpune i skladne integracije).

Crna Gora je u decembru 2010. godine postala kandidat za članstvo u Evropskoj Uniji, a pregovore sa Evropskom Unijom je zvanično počela 29. juna 2012. godine sa ukupno 33 pregovaračka poglavlja.

Poglavlje broj tri se bavi pravom osnivanja preduzeća i slobodom pružanja usluga i obuhvata podoblasti: pravo osnivanja preduzeća i pravo pružanja prekograničnih usluga, poštanske usluge i međusobno priznavanje profesionalnih kvalifikacija.

Pravo osnivanja preduzeća omogućice crnogorskim poslovnim subjektima da pokrenu i obavljaju privredne djelatnosti unutar Evropske Unije. Treba napomenuti da će u ovoj oblasti poseban izazov predstavljati prilagođavanje nacionalnog zakonodavstva sa direktivom 2006/123/EZ koja kako sam i prethodno navela Direktiva koja reguliše sve usluge i kojom se stvara obaveza olakšavanja administrativnih postupaka u oblasti pružanja usluga, koja radi obezbjeđivanja transparentnosti želi stvoriti Jedinствене kontaktne tačke za usluge i koja definiše listu zahtjeva koji se ne smiju primjenjivati prilikom osnivanja preduzeća, kao ni prilikom prekograničnog pružanja usluga.

⁵⁰ Čl. 49 UEU

Što se tiče poštanskih usluga, cilj Evropske komisije je stvaranje zajedničkog tržišta poštanskih usluga objezjeđujući na taj način kvalitet usluge koji se pruža.

Priznavanje profesionalnih kvalifikacija stečenih u Crnoj Gori omogućiće obavljanje profesija crnogorskih državljana u drugim državama članicama.

Poglavlje broj 3 otvoreno je 11. decembra 2017. godine na Međuvladinoj konferenciji u Briselu, a pregovori o ovom poglavlju su u toku.

Ključne obaveze⁵¹ koje Crna Gora ima kako bi zatvorila ovo poglavlje tiču se uspostavljanja Jedinstvene kontaktne tačke kojom će se omogućiti elektronsko registrovanje preduzeća kao i jednostavniji postupak osnivanja preduzeća.

Bez dileme može se zaključiti kako poglavlje br. 3 donosi brojne benefite za Crnu Goru, ne samo na strani pružaoca usluge već i na strani korisnika usluge. Pristupanje Crne Gore Evropskoj Uniji biće omogućeno crnogorskim fizičkim i pravnim licima da slobodno pružaju svoje usluge u svakoj državi članici, a da se pri tom u njima poslovno se ne nastanjuju.

U okviru poglavlja 3 sprovedene su aktivnosti za pojednostavljanje procedure za izdavanje dozvola za registraciju preduzeća kao i ukidanje prepreka za registraciju istih. Ovaj vid olakšica trebao bi da doprinese porastu investicija u našoj zemlji kao i otvaranju novih radnih mjesta. Ulaskom Crne Gore u Evropsku Uniju i otvaranjem našeg tržišta za preduzeća iz zemalja EU omogućiće se veća konkurentnost preduzeća koja će dovesti do povećanja kvaliteta usluga kao i do formiranja povoljnijih cijena za iste.

⁵¹ www.eu.me

Summary

The author analyzes one of the four freedoms in the EU, the freedom to provide services (in the main art. of the TEU and TFEU) and the Directive 2006/123/EZ on services in the internal market. The aim is to create an open single market in services within the EU while at the same time ensuring the quality of services provided to the consumers.

The author also analyzes the actual situation in Montenegro and the negotiation chapter 3- right of establishment and freedom to provide services.

Mr Krsto PEJOVIĆ¹

**REINTEGRACIJA ZAPOSLENOG NA RAD
– analiza zakonskog okvira i konvencijska
(ne)utemeljenost²**

Uvodna razmatranja

Donijeti presudu da se stranci priznaje određeno pravo za nju jeste izuzetno bitna činjenica, ali ne i dovoljna. Naime, ukoliko se takva presuda ne efektuira stranci ona ne znači mnogo (naravno, treba imati u vidu koja vrsta presude je u pitanju). Zbog toga se postupku izvršenja u svim zakonodavstvima posvećuje posebna pažnja. Međutim, na planu izvršenja sudskih odluka, u praksi se pojavljuju određeni, manje-više suptilni, ali ozbiljni problemi koji prijete da onemoguće uspješno sprovođenje tog postupka. Takav slučaj je, kako ćemo to detaljnije objasniti u redovima koji slijede, i sa izvršenjem sudskih odluka koje se tiču reintegracije zaposlenog na rad. Takve odluke, u jednom nezanemarljivom broju slučajeva, nažalost znaju da budu samo puka deklaracija, bez mogućnosti stvarnog izvršenja. Upravo ovi razlozi predstavljaju rukovodne principe, odnosno *ratio legis* da se aktuelizuje ova problematika, ne bi li se pronašli zakonski modaliteti da se odluke o vraćanju na rad uspješno operacionalizuju.

¹ Autor je doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu i kandidat za sudiju osnovnog suda u crnogorskom pravosudnom sistemu, *krstop@yahoo.com*

² Osnovna verzija ovog rada je nastala za vrijeme važenja starog Zakona o radu, zato će se u radu, mjestimično, koristiti pojmovi stari ZOR – koji se odnosi na Zakon o radu koji je prestao da važi i novi ZOR – koji se odnosi na aktuelni/pozitivni Zakon o radu. Međutim, ukoliko ova odrednica nije navedena, misli se na stari ZOR.

Radnopravni spor – pojam i relevantni normativni okvir

Pojam *radnopravni spor* je daleko šireg konteksta od onoga koji je predmet našeg interesovanja ovdje. Zbog toga ćemo, za potrebe ovog rada, pod njime podrazumijevati spor u kome zaposleni traži vraćanje na rad. *Conditio sine qua non* za udovoljenje takvom zahtjevu, jeste prethodno poništavanje odluke o otkazu. Međutim, u praksi, to nikada (ili bar rijetko) nije izolovan zahtjev, odnosno, uvijek je kombinovan sa naknadom štete u vidu izgubljenih zarada. U pitanju je individualni radni spor, a to je spor između poslodavca i zaposlenog u vezi sa predmetom (izvršenja) individualnog ugovora o radu, i sastoji se u isticanju kontradiktornih zahtjeva stranaka, koji nastoje da zaštite pravo koje smatraju povrijeđenim.³ Otuda je individualni radni spor uvijek pravni spor.⁴

Kada zaposleni dobije otkaz od strane poslodavca, nezadovoljan tom odlukom može, saglasno odredbi čl. 143d starog Zakona o radu,⁵ odnosno čl. 180 st. 1, u vezi čl. 141 st. 1 novog Zakona o radu,⁶ u roku od 15 dana od dana prijema/dostavljanja rješenja/odluke pokrenuti sudski spor pred nadležnim (osnovnim)⁷ sudom. Njegov zahtjev je usmjeren da odluku o otkazu poništi i da izdejtstuje vraćanje na rad.

U svojoj praksi sudovi su (uostalom, takva podjela je prisutna i u doktrini) vršili diferencijaciju povreda kojima je

³ Cit. prema: Branko A. Lubarda, *Radno pravo – Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 768.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Zakon o radu – stari ZOR (“*Službeni list CG*”, br. 49/2008, 88/2009 - drugi zakon, 26/2009, 26/2010 - drugi zakon, 59/2011, 66/2012, 31/2014, 53/2014 - drugi zakon i 4/2018 - Odluka US CG).

⁶ Zakon o radu – novi ZOR (“*Službeni list CG*”, br. 74/19).

⁷ Čl. 14 st. 1 tač. 3 Zakona o sudovima (“*Službeni list CG*”, br. 11/15). S tom razlikom, što je prema novom ZOR-u neophodno da se prije obraćanja sudu, spor pokuša riješiti mirnim putem pred Agencijom za mirno rješavanje radnih sporova ili Centrom za alternativno rješavanje radnih sporova (čl. 140 st. 1 novog ZOR-a).

opskrbljeno rješenje o otkazu na nedostatke *formalne i materijalne* prirode. Obično je zahtjev za poništaj odluke o otkazu usmjeren na formalne – *proceduralne nedostatke* (koji se, moramo priznati, vještom analizom odluka o otkazu mogu manje-više uvijek detektovati) ili pak na *materijalne – substantivne*. U prvom slučaju, tvrdnje tužioca su usmjerene na to da je poslodavac pogriješio ili prilikom pokretanja postupka, ili u toku vođenja postupka ili da je sama odluka o otkazu snabdijevana kakvim manjkavostima. Obično, uz sve to tvrdi, ili makar uzgredno navodi, neke okolnosti koje bi se mogle podvesti pod materijalnopravne manjkavosti, ali na njima rijetko kada istrajava. U drugom slučaju, koji je, čini nam se, u praksi osjetno manji, zaposleni tvrdi da poslodavac nije imao razloga da mu da otkaz ugovora o radu, jer je on “radio po zakonu”.

Ovo razlikovanje je u praksi imalo i te kako velike reperkusije za tužioca. Naime, u slučaju proceduralnih manjkavosti (kakve prirode je recimo slučaj ukoliko poslodavac ne obavijesti zaposlenog o razlozima za otkaz, ili o tome u predviđenim situacijama ne obavijesti sindikat i sl.) zaposleni, prema stavu sudske prakse, nije imao pravo na naknadu štete dok se ne utvrdi da li je zaista prekršio norme (radnu obavezu) čije mu se kršenje stavlja na teret.⁸

⁸ “U radnom sporu o zakonitosti pojedinačnog akta, sud nema punu jurisdikciju. Ovlašćen je da ocenjuje da li su doneti u skladu sa zakonom, ali ne može da odlučuje o samim pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog. O njima može da odlučuje samo poslodavac, odnosno nadležni organ poslodavca” (rešenje Vrhovnog suda Srbije, *Rev. br. 4691/93 od 26. januara 1994. godine*). “Sud nije ovlašćen da se upušta u celishodnost odluke. To je isključivo stvar poslodavca” (presuda Vrhovnog suda Srbije, *Rev. br. 438/93 od 25. februara 1993. godine*). Cit. prema: Zoran M. Ivošević, Milan Z. Ivošević, *Komentar Zakona o radu – Prema stanju zakonodavstva od 1. aprila 2016. godine*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, JP “Službeni glasnik”, Beograd, 2016, 455. “Zato, samo u slučaju da je u postupku pred sudom bilo utvrđeno da zaposleni nije počinio povredu radne dužnosti stavljene mu na teret, istom bi pored vraćanja na rad, pripadalo i pravo na izgublenu zaradu za vrijeme dok je bio van procesa rada. Stoga, poništajem rješenja iz formalnih razloga ne dovodi se u sumnju postojanje povrede radne obaveze tužioca, radi čega mu ne pripada pravo na izgublenu zaradu, shodno višegodišnjoj praksi naših sudova, (Rev. br. 489/05 od 1. februara 2007. godine, Rev. br. 448/10 od 15. juna 2010. godine, Rev. br. 947/11 od 8. novembra 2011. godine, Rev. br.

Međutim, ovakva praksa nije naišla na odobravanje od strane Ustavnog suda Crne Gore. Naime, pozvan da odlučuje o zakonitosti odluke Vrhovnog suda Crne Gore *Rev. br. 479/15* od 29. aprila 2015. godine, Ustavni sud je usvojio ustavnu žalbu i navedenu odluku ukinuo. U ovom slučaju Vrhovni sud je preinačio nižestepene odluke i odbio tužbeni zahtjev, zaključujući da tokom postupka nije dovedena u sumnju činjenica da je podnosilac ustavne žalbe (tužilac) počinio težu povredu radne dužnosti koja mu je stavljena na teret, te da su odluke o otkazu poništene iz formalnih razloga vezanih za vođenje disciplinskog postupka, iz kog razloga tužiocu, po ocjeni Vrhovnog suda, ne pripada naknada štete. U ustavnosudskom postupku ocijenjeno je da je odlučivanjem na izloženi način Vrhovni sud arbitrerno tumačio i primijenio mjerodavnu odredbu čl. 143d st. 4 (starog – K. P.) Zakona o radu na štetu podnosioca ustavne žalbe. Ovo iz razloga što se u konkretnom slučaju, kao *lex specialis*, morala primijeniti odredba čl. 143d (starog – K. P.) Zakona o radu, koja kao takva ne propisuje podjelu razloga na formalne i materijalne, kada je riječ o pravnim posledicama poništaja odluke o prestanku radnog odnosa. Ocijenjeno je da se zaključak Vrhovnog suda u dijelu da podnosilac nema pravo na naknadu štete u vidu manje isplaćene i neisplaćene zarade, sa obrazloženjem da je krivica za nastanak štete isključivo u protivpravnim radnjama

992/15 od 2. decembra 2015. godine, *Rev. br. 479/15* od 29. aprila 2015. godine, *Rev. br. 680/18* od 10. oktobra 2018. godine i *Rev. br. 762/18* od 11. oktobra 2018. godine i *Už. Rev. br. 12/18*). Kada zaposleni počinu težu povredu radne obaveze, a odluka kojom je utvrđena njegova disciplinska odgovornost bude poništena zbog povrede pravila u vođenju disciplinskog postupka, zaposlenom ne pripada pravo na naknadu štete zbog izgubljene zarade. Ovo zato što je zaposleni svojim ponašanjem prouzrokovao nastanak štete, zbog čega na strani tuženog kao poslodavca nema nikakve krivice, te činjenice da su disciplinske odluke o prestanku radnog odnosa poništene iz formalnih razloga, ne dovode u sumnju činjenicu da je tužilac počinio težu povredu radne obaveze, niti mu isto daje za pravo da traži naknadu predmetne štete” (Vrhovni sud Crne Gore, *Rev. br. 84/18* od 8. novembra 2018. godine). Sve odluke crnogorskih sudova citirane u ovom radu mogu se pronaći na internet stranici: www.sudovi.me

podnosioca, po ocjeni Ustavnog suda, ukazuje kao proizvoljan na štetu podnosioca ustavne žalbe.⁹

U trećem dijelu Zakona o parničnom postupku¹⁰ tretirani su tzv. *posebni postupci*. Jedan od takvih je i *postupak u parnicama iz radnih odnosa*. Odredbom čl. 434 st. 1 ZPP-a, definisana je hitnost u postupku u parnicama iz radnih odnosa,¹¹ dok je st. 2 istog člana propisano da se u sporovima iz radnih odnosa koji pokreće zaposleni protiv odluke o prestanku ugovora o radu, ročište za glavnu raspravu mora održati u roku od 30 dana od dana održavanja pripremnog ročišta.

Komitet ministara Savjeta Evrope je na 851. sastanku zamjenika ministara održanom 9. septembra 2003. godine, donio *Preporuku Rec.(2003) 17 o izvršnom postupku*. U preambuli ove Preporuke, koja predstavlja svojevrsni *ratio legis* njenog donošenja, između ostalog se navodi: "(...)Smatrajući da izvršenje sudske presude čini sastavni dio temeljnog ljudskog prava na pravično suđenje u razumnom roku, u skladu sa članom 6 EKLJP;¹² Potvrđujući, takođe, da princip vladavine

⁹ Ustavni sud Crne Gore, *Už-III 625/15 i 634/15 od 29. marta 2018. godine*. Sve odluke Ustavnog suda Crne Gore citirane u ovom radu mogu se pronaći na internet stranici: <http://www.ustavnisud.me/ustavnisud/index.php>. Koliko je nama poznato, redovni sudovi su nakon donošenja predmetne odluke Ustavnog suda CG, standarde iz te odluke implementirali u svojoj praksi.

¹⁰ Zakon o parničnom postupku – ZPP ("Službeni list RCG", br. 22/2004, 28/2005 - Odluka US RCG, 76/2006 i "Službeni list CG", br. 47/2015 - drugi zakon, 48/2015, 51/2017, 75/2017 - Odluka US CG i 62/2018 - Odluka US CG, 34/19 i 42/19).

¹¹ Vrhovni sud Srbije se još 1996. godine u svojoj odluci *Rev. br. 3524/96 od 11 novembra 1996. godine*, izjasnio u čemu se ogleda razlika između pojmova "radnopravni spor" i "postupak u parnicama iz radnih odnosa". Tom prilikom je ovako rezonovao: "Samo je radnik legitimisan za pokretanje radnog spora. Tu legitimaciju nema poslodavac. Otuda, u radnom sporu radnik ne može biti tuženi. Međutim, može u parnici iz radnog odnosa. I radni spor je parnica iz radnog odnosa. Ali, u sporu iz radnog odnosa radnik može biti i tuženi". Cit. prema: Z. M. Ivošević, M. Z. Ivošević, *op. cit.*, 452.

¹² O kršenju čl. 6 s. 1 EKLJP, i u vezi sa njim drugih članova Konvencije i Protokola uz istu (najčešće čl. 1 Protokola broj 1), a u vezi sa postupkom izvršenja, vidjeti, između mnogobrojnih, presude ESLJP: *R. Kačapor i dr. protiv Srbije*, predstavke br. 2269/06, 33041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 i 3046/06 od 15. januara 2008. godine; *Bobić protiv Bosne i Hercegovine*, predstavka br. 26529/10 od 3. maja 2012. godine; *Omerović protiv Hrvatske*, predstavka br. 36071/03 od 1. aprila 2006.

prava može zaživjeti samo ako građani mogu u praksi ostvariti svoja zakonska prava i osporiti nezakonite radnje; Imajući u vidu da su države članice dužne osigurati da sve osobe kojima se izrekne konačna i obavezujuća sudska presuda imaju pravo na njeno izvršenje; Ako se takva presuda ne izvrši ili stupi na snagu sa zakašnjenjem, ovo pravo može izgubiti učinak i postati iluzorno na štetu jedne od strana(...)Svjesni rizika od sve većeg "uzimanja pravde u svoje ruke" u nedostatku efektivnog sistema izvršenja, što može ugroziti povjerenje javnosti u pravni sistem i njegov kredibilitet(...)Preporučuje vladama država članica da omoguće efikasno i ekonomično izvršenje sudskih odluka, odnosno drugih sudskih ili vansudskih izvršnih naslova i da preduzmu ili ojačaju, zavisno od slučaja, sve mjere koje smatraju neophodnim u cilju progresivnog sprovođenja 'Vodećih principa izvršenja', koji su navedeni u daljem tekstu Preporuke." U *Preporuci* su, za potrebe iste, definisani pojmovi izvršenja, izvršitelja, izvršnog povjerioca i izvršnog dužnika. *Izvršenje* se u kontekstu Preporuke definiše kao sprovođenje sudskih odluka, kao i drugih sudskih ili vansudskih izvršnih naslova u skladu sa zakonom, kojom se izvršni dužnik primorava na činjenje, nečinjenje ili plaćanje u skladu sa donesenom presudom. Preporuka se odnosi na građanske stvari, uključujući privredno, pravo zaštite potrošača, porodično pravo, te radno pravo. U dijelu koji je naslovljen kao "*Postupak izvršenja*", navodi se da države, kako bi postupak izvršenja bio efikasniji, treba da uspostave mehanizme kojim će spriječiti zloupotrebu postupka izvršenja od bilo koje strane, što ne bi trebalo tretirati kao ponovljeni postupak u predmetu.

godine; *Lukavica protiv Hrvatske*, predstavka br. 39810/04 od 5. jula 2007. godine; *Sundov protiv Hrvatske*, predstavka br. 13876/03 od 13. aprila 2006. godine i *Vlahović protiv Srbije*, predstavka br. 42619/04 od 16. decembra 2008. godine. Sve presude ESLJP citirane u radu mogu se pronaći na internet stranici:[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

U *Mišljenju broj 13 (2010) Konsultativnog vijeća evropskih sudija (CCJE) o ulozi sudija u izvršenju sudskih odluka* se, između ostalog navodi, da odgovori 34 države članice na posebno strukturisani upitnik ukazuju na ozbiljne prepreke za efikasno i adekvatno izvršenje sudskih odluka. U tač. 19 Opštih načela ovog Mišljenja navodi se da u nekim sistemima, stranke mogu posrednom prinudom biti primorane da postupaju u skladu sa sudskom odlukom, na primjer, izricanjem novčane kazne ili primjenom zakonskih odredaba koje predviđaju mogućnost podnošenja krivične prijave u slučaju da se odbija izvršenje. CCJE smatra da su takve posredne mjere izvršenja, koji bi u svim predmetima trebalo da budu obezbijeđene zakonom i dozvoljene od strane sudije, kako u odluci tako čak i posle nje, posebno značajne za obezbjeđenje izvršenja u hitnim stvarima, stvarima u kojima konkretan učinak ne može biti zamijenjen odgovarajućim zadovoljenjem, i u porodičnim stvarima, u kojima upotrebe sile može naškoditi interesima djece. S tim u vezi, CCJE preporučuje da sudovi obezbijede najširu primjenu takvih pravnih sredstava, koja u najvećem broju slučajeva takođe dozvoljavaju izvršenje bez odlaganja.

Pozitivna odluka povodom pokrenutog radnopravnog spora

Na osnovu rezultata sprovedenog dokaznog postupka, sud će donijeti pozitivnu odluku o zahtjevu tužioca – zaposlenog, kada utvrdi postojanje formalnih i/ili materijalnih nedostataka u odluci o otkazu i poništiće¹³ rješenje o otkazu.

¹³ *Poznić*, s pozivom na *Ivoševića*, ističe da će se odluka poslodavca poništiti onda kada se odlučuje zbog povrede koja se ne može otkloniti, a da se odluka ukida onda kada je potrebno u novom postupku pred organima preduzeća otkloniti nepravilnosti učinjenu netačnim pravnim shvatanjem, nedostatkom u činjeničnom stanju ili procesnom povredom. Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku, Prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Pravni fakultet Univerziteta u Beograd i JP "Službeni glasnik", Beograd, 2009, 1028.

Uz zahtjev se (najčešće) traži i reintegracija na rad.¹⁴ U tom slučaju naložiće se poslodavcu da okrivljenog vrati na rad i rasporedi na radnom mjestu koje odgovara *njegovoj stručnoj spremi i radnim sposobnostima*. Sudska praksa je inaugurisala stav prema kome nije dozvoljen zahtjev tužioca kojim traži da ga sud vrati na rad i rasporedi na tačno određenim poslovima i radnim zadacima, iz razloga što bi udovoljavanjem takvom zahtjevu preuzeo ovlašćenja poslodavca.¹⁵ S tim u vezi, zaposleni (jedino) može da traži da sud obaveže poslodavca da ga vrati na poslove koji odgovaraju njegovoj stručnoj spremi i radnim sposobnostima. Doduše, i ako ostane pri takvom zahtjevu sud će naložiti potonje, a u obrazloženju će navesti zbog čega je u tom dijelu odlučio drukčije od traženog i time neće prekoračiti granice tužbenog zahtjeva.¹⁶

Čini se da oko ovog pitanja doktrina i praksa nemaju identična mišljenja. Naime, Šunderić i Kovačević¹⁷ ističu sledeće: “Vraćanje radnika na rad (reintegracija) podrazumeva

¹⁴ Upor.: Vrhovni kasacioni sud Srbije, *Rev2. br. 1846/2015 od 24. februara 2016. godine*; Vrhovni kasacioni sud Srbije, *Rev2. br. 411/2017 od 20. aprila 2017. godine*. Sve odluke srpskih sudova koje su citirane u radu mogu se pronaći na internet stranici: www.vk.sud.rs

¹⁵ Viši sud u Podgorici, *Gž. br. 4502/15 od 3. novembra 2015. godine*. U istoj odluci se navodi da nije od uticaja činjenica to što je tuženi tokom postupka istrajavao u tome da važećim Pravilnikom nije predviđeno radno mesto na koje bi tužilja bila raspoređena, s obzirom na činjenicu da se radi o nekvalifikovanom radniku, “iz razloga što je rješenje o prestanku radnog odnosa moralo biti poništeno iz razloga što nije ispoštovana zakonska procedura za njegovo donošenje, pa je i reintegracija zaposlenog nužna posledica odluke o prestanku radnog odnosa”. Upor.: Vrhovni kasacioni sud Srbije, *Rev2. br. 582/2015 od 10. decembra 2015. godine*.

¹⁶ Vrhovni sud Crne Gore, *Rev.br. 667/13 od 6. novembra 2013. godine*. Ovako o tome rezonuje Vrhovni kasacioni sud Srbije: “Međutim, revizijom se osnovano ukazuje da je u nižestepenim presudama pogrešno primenjeno materijalno pravo kada je tužena obavezana da tužilju rasporedi na poslove medicinske sestre sa srednjom stručnom spremom. Naime, prema odredbama tada važećeg Zakona o radu, raspoređivanje zaposlenog vezano je za zaključivanje ugovora o radu, odnosno za izmenu tog ugovora, kada potrebe procesa i organizacije rada uslovljavaju premeštaj zaposlenog na drugi posao. Budući da sud ne vrši raspoređivanje zaposlenih, ne može ni odrediti njihovo vraćanje na ranije, odnosno odgovarajuće poslove, posle poništaja odluke o prestanku radnog odnosa, već samo o vraćanju na rad, odnosno u radni odnos” (*Rev2. br. 484/2014 od 10. decembra 2015. godine*).

¹⁷ Borivoje Šunderić, Ljubinka Kovačević, *Radno pravo – Priručnik za polaganje pravosudnog ispita – knjiga 11*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2017, 404-405.

njegov povratak u prethodni (raniji) posao, a u slučaju da on bude ukinut, na posao koji odgovara njegovoj stručnoj spremi, znanju i sposobnostima. Ovo stoga što predmetna posledica nezakonitog prestanka radnog odnosa pretpostavlja vaspostavljanje zaposlenja koje je postojalo pre prestanka radnog odnosa, što uključuje i vaspostavljanje uslova rada u najširem smislu reči. Radniku, otud, mora biti vraćen “njegov” posao sa istom zaradom i drugim uslovima rada, ali i sa istim dužnostima kao pre otpuštanja”. U istom duhu rezonuju *Stanković, Palačković i Trešnjev*, ističući: “Izvršnom ispravom se, kad je naloženo vraćanje izvršnog poverioca na rad, kao i kad je naloženo da se izvršni poverilac rasporedi na određene poslove, mora konkretizovati, odnosno *individualizovati posao* (kurziv – K. P.), odnosno poslovi na koje izvršni poverilac treba da se vrati, odnosno rasporedi. Ukoliko su u međuvremenu, od prestanka radnog odnosa ili od nezakonitog raspoređivanja izvršnog poverioca, kod izvršnog dužnika, kao poslodavca, izvršene promene u organizaciji procesa rada ili u sistematizaciji radnih mesta, te više nije moguće da se izvršni dužnik vrati na poslove koje je pre otkaza radnog odnosa obavljao ili na kojima je bio raspoređen jer taj posao ili poslovi više ne postoje, mora se odrediti vraćanje na poslove koji svojom sadržinom (radnim obavezama, stručnom kvalifikacijom, zaradom i dr.) odgovaraju onim poslovima koje je izvršni poverilac obavljao pre protivpravnog prestanka radnog odnosa, odnosno raspoređivanja na druge poslove”.¹⁸ Naše mišljenje je bliže stavu doktrine iz mnogo razloga, ali prevashodno iz razloga pravičnosti.

Pri tome, a kao argument u pravcu tvrdnje da je neophodno preispitivanje sudske prakse, valja primijetiti i sledeće: Kada se u odluci navede da se zaposleni rasporedi na

¹⁸ Gordana Stanković, Dušica Palačković, Aleksandra Trešnjev, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju, sa odabaranom sudskom praksom i primerima podnesaka i odluka – Prema stanju zakonodavstva od 25. decembra 2017. godine*, JP “Službeni glasnik”, Beograd, 2018, 1144.

radnom mjestu koje odgovara “*njegovoj stručnoj spremi i radnim sposobnostima*”, to ostavlja mnogo mjesta poslodavcu za njeno efektuiranje, što, moramo priznati, baca svjetlo na efektnost radnopravnog spora. O čemu je tu riječ? Naime, ako je zaposleni prije nego što je nezakonito otpušten obavljao poslove rukovodećeg lica u pravnom licu, izvršenju ovakve odluke odgovaralo bi njegovo raspoređivanje na svim radnim mjestima koji zahtijevaju VII-1 nivo stručne kvalifikacije obrazovanja. To, u nekim slučajevima može poslodavcu da pruži mogućnost raspoređivanja tog zaposlenog na više radnih mjesta, što u krajnjem znači da zarada istog može da bude i do nekoliko puta niža od one koju je primao prije nego što je nezakonito otpušten. S druge strane, nema sumnje da bi i u tom slučaju poslodavac ispunio svoju obavezu prema izvršnom naslovu – sudskoj odluci (naravno, da je to u skladu sa radnim sposobnostima zaposlenog). Gledano iz ovog ugla, ostaje da se zapitamo da li u takvim situacijama radni spor, kao forum u kome zaposleni treba da zaštiti svoja prava i interese, to zaista i jeste?!

Šta ukoliko je naloženo vraćanje zaposlenog na tačno određeni rad, a povodom zaključenog ugovora o radu na određeno vrijeme? U sudskoj praksi je zabilježeno da je izvršni sudija odredio izvršenje u jednom takvom slučaju i naložio poslodavcu da u roku od osam dana od dana prijema rješenja omogući izvršnom povjeriocu obavljanje poslova radnog mjesta direktorice marketinga u skladu sa ugovorom o radu. Odlučujući o prigovoru, vijeće je isti usvojilo, obustavilo rješenje u cjelini i ukinulo sve sprovedene radnje.¹⁹ U drugostepenom rješenju se, između ostalog, navodi: “(...) da je postojala obaveza prvostepenog suda da cijeni radnopravni status izvršnog povjerioca određen Ugovorom o radu br. 01-1722 od 30.04.2010. godine, a u skladu sa kojim je naloženo izvršnom dužniku da izvršnog povjerioca vrati na rad. Kako je

¹⁹ Osnovni sud u Podgorici, *Ip. br. 931/15 od 11. avgusta 2015. godine.*

radni odnos izvršnog povjerioca na mjestu direktorice marketinga shodno tom ugovoru zasnovan na određeno vrijeme, a koje vrijeme je isteklo do podnošenja predloga za izvršenje i donošenja rješenja o izvršenju, radni odnos je izvršnom povjeriocu prestao istekom vremena na koje je ugovoren, odnosno dana 04.05.2014. godine, pa se izvršnom dužniku nakon 04.05.2014. godine ne može naložiti da izvršnog povjerioca vrati na rad, a da takvo vraćanje na rad bude u skladu sa Ugovorom o radu br. 01-1722 od 30.04.2010. godine. Stoga, prvostepeni sud osporenim rješenjem nije mogao odrediti izvršenje i naložiti izvršnom dužniku da omogući izvršnom povjeriocu obavljanje poslova radnog mjesta direktorice marketinga u skladu sa Ugovorom o radu br. 01-1722 od 30.04.2010. godine, shodno kojem joj je radni odnos po redovnom toku stvari prestao dana 04.05.2014. godine. Kako je obaveza izvršnog dužnika utvrđena izvršnom ispravom određena pozivom na Ugovor o radu br. 01-1722 od 30.04.2010. godine, to je osporeno rješenje donijeto suprotno načelu formalnog legaliteta obzirom da je izvršnom dužniku naloženo da izvršnog povjerioca vrati na rad suprotno ugovoru na koji upućuje izvršna isprava, tj. nakon 04.05.2014. godine (kao dana prestanka radnog odnosa po tom ugovoru). Ugovor o radu na određeno vrijeme ima unaprijed određeno vrijeme trajanja i radni odnos zasnovan po ovom ugovoru prestaje istekom roka na koji je ugovor zaključen. Poništajem odluke o prestanku radnog odnosa koji radni odnos je zasnovan na određeno vrijeme, ne stiču se uslovi za određivanje izvršenja radi vraćanja izvršnog povjerioca na rad ako je radni odnos u međuvremenu prestao istekom vremena na koji je zasnovan.” Identičan rezon zapažen je u praksi srpskih sudova: “Ako je ugovor o radu zaključen na određeno vrijeme, zaposleni nema pravo da traži vraćanje na

rad ukoliko je rok iz ugovora o radu istekao, protekom roka na koji je bio zaključen”.²⁰

Ukoliko reintegraciona odluka postane pravosnažna, poslodavac ima obavezu da zaposlenog vrati na rad u roku od 8 dana od dana kada primi drugostepenu odluku. U suprotnom, zaposleni može tražiti (sudsko-prinudno) izvršenje takve odluke.

Egzekutivna ravan i *de lege lata* okvir

Radni sporovi, nasuprot široko zastupljenom shvatanju, uopšte nijesu sporovi koji se po težini mogli kvalifikovati kao “laki”. Dakako da ima onih (i to posebno u zadnje vrijeme, koji su pretežno istovrsnog činjeničnog i pravnog osnova) koji zavrjeđuju taj epitet, ali i onih drugih, koji su, ako ništa drugo, po broju dokaznog materijala i te kako iscrpljujući. No, o tome ne treba niti diskutovati niti je to razlog za opravdanje zašto takvi predmeti (znaju da) traju isuviše dugo. Ali, i nakon što budu pravosnažno okončani posao tu nije završen. Štaviše, pravosnažna presuda je (samo) nužna i neophodna pretpostavka (*prva konstanta – condicio sine qua non*) kako bi zaposleni uspio u svom naumu, a to je da se vrati na rad. To je “poprište” na kome se ukrštaju kraj rada jednog (parničnog) sudije, a potencijalno počinje posao za drugog (izvršnog) sudiju.

Kada je u pitanju izvršenje ovakvih odluka to se ne sprovodi fizičkim vraćanjem zaposlenog na njegovo radno mjesto (kancelarija, proizvodna hala, škola i sl.), nego se izvršenje sprovodi izricanjem i po potrebi naplatom novčane kazne poslodavcu, ali i pravnom licu.²¹

²⁰ Vrhovni kasacioni sud Srbije, *Rev2. br. 2449/2015 od 19. maja 2016. godine*. Doduše, u istoj odluci tužilji nije priznato pravo na naknadu štete, s obzirom da je rješenje o prestanku ugovora o radu poništeno iz formalnih nedostataka.

²¹ Tako: Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, treće izdanje, JP “Službeni glasnik”, Beograd, 2009, 110.

Izvršenje sudskih odluka na posredan način proizilazi iz odredbe člana 6 stav 1 *Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda*.²² U presudi *Velimirović protiv Crne Gore*²³ Sud je istakao da čl. 6 st. 1 Konvencije obezbjeđuje svakome pravo da svaki svoj zahtjev koji se odnosi na njegova građanska prava i obaveze iznese pred sudom i tribunalom, te da na taj način ovaj stav ustanovljava “pravo na sud”, čiji je jedan aspekt pravo na pristup sudu, tj. pravo da se pokrene postupak pred sudom u građanskim stvarima. Međutim, to pravo bi bilo iluzorno kada bi pravni sistem strane ugovornice dopuštao da pravosnažne, izvršne sudske odluke ostanu neoperativne na štetu jedne od strana. Dodaje se da se *izvršenje presude koju donese bilo koji sud mora stoga smatrati sastavnim dijelom “suđenja” za svrhe čl. 6*. Blagovremeno izvršenje pravosnažne sudske odluke je izvedeno iz načela djelotvornosti kako bi se spriječila *Pirova pobjeda* za podnosioca predstavke u slučaju kada nije bilo osnova za podnošenje žalbe zbog nepravичnosti postupka (*Hornsby protiv Grčke, predstavka br. 18357/91* od 19. marta 1997. godine, ECHR 1997-II).²⁴ U par. 34-38 presude u slučaju *Burdov protiv Rusije* (br. 2) od 7. maja 2002. godine, Sud je naglasio da se država ne može pozivati na nedostatak sredstava kao izgovor za to što nije platila dug koji je trebalo da plati na osnovu presude protiv nekog državnog organa.²⁵ Međutim, nedostatak sredstava može opravdati činjenicu da nije izvršena pravosnažna presuda protiv nekog fizičkog lica ili preduzeća (*Bobrova protiv Rusije*, od 17. novembra 2005. godine, par. 16-17).²⁶ U takvim *horizontalnim sporovima* (gdje nijedna od

²² Zakon o ratifikaciji EKLJP sa dodatnim protokolima („Službeni list SCG – Međunarodni ugovori“, br. 9/2003 i 5/2005).

²³ ESLJP: *Velimirović protiv Crne Gore*, predstavka br. 20979/07 od 2. oktobra 2012. godine, par. 40.

²⁴ Cit. prema: Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, *Protectiong the Right to a Fair Trial under the European Convention of Human Rights*, 2nd Edition, Council of Europe, Strasbourg, 2017, 38.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

strana nije vlast, niti državni organ) uloga vlasti svodi se na to da razumno pomogne izvršenju presude u korist stranke koja je spor dobila, ali ne i da garantuje izvršenje u svim okolnostima (*Fuklev protiv Ukrajine*, od 7. juna 2005. godine, par. 84-86).²⁷ Izvršenje, stoga, ima nezavisnu vrijednost, bez obzira na prirodu naloga za izvršenje i prethodni sudski postupak.²⁸

Odredbom čl. 4 st. 1 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju²⁹ predviđeno je da sud³⁰ odlučuje u postupku izvršenja i da sprovodi izvršenje sudskih odluka radi vraćanja zaposlenog na rad, dok je čl. 5 regulisan sastav suda, odnosno propisano je da u slučajevima u kojima je određena nadležnost suda za izvršenje, da u prvom stepenu postupak vodi i odlučuje sudija pojedinac. Izvršna sudska odluka, shodno čl. 18 tač. 1 ZIO, predstavlja *izvršnu ispravu*. Momenat kada je sudska odluka izvršna je artikulisan u čl. 20 st. 1 ZIO, na način što je stipulisano da je sudska odluka izvršna ako je postala pravosnažna i ako je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze izvršnog dužnika. Jedan od razloga zašto je sud nadležan da sprovodi izvršenje u ovom domenu jeste i taj što je predviđena punitivna (kaznena) mogućnost u slučaju da izvršni dužnik ne rasporedi zaposlenog. Ali ne samo to, već i činjenica da sud može u izvršnom postupku, saglasno odredbi čl. 245 ZIO, da obaveže izvršnog povjerioca da dužniku isplati zaradu od pravosnažnosti presude do ponovnog vraćanja na rad, čime se konsekventno promoviše primjena čl. 6 st. 1 EKLJP, budući da na taj način o pravima i interesima nekog

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ ESLJP: *Estima Jorge protiv Portugala*, 16/1997/800/1003 od 21. aprila 1998. godine.

²⁹ Zakon o izvršenju i obezbjeđenju – ZIO (“*Službeni list CG*”, br. 36/2011, 28/2014, 20/2015, 22/2017, 76/17 – Odluka US i 25/19).

³⁰ “Ako se od sudova još uvek zahteva da preduzimaju izvestan broj radnji u toku izvršnog postupka, iako oni i dalje imaju veliki broj mogućnosti da interвениšu u toku izvršnog postupka, onda uticaj na smanjenje radnog opterećenja sudova i sudska kašnjenja ne može biti veliki”. Tako: Alan Uzelac, *Nacrt Zakona o izvršenju i obezbjeđenju Republike Srbije – Komentari o uskađenosti sa zahtevima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava*, Savjet Evrope, Strazbur, 2010, 26.

lica odlučuje nezavisni i nepristrasni tribunal.³¹ Međutim, nijedan od argumenata koji se u doktrini može pronaći, kao ni prethodno izloženi, ne predstavlja, po našem mišljenju, dovoljno čvrst razlog da i izvršenje ovih odluka ne pređe u nadležnost javnih izvršitelja.

Izvršni postupak se inicira predlogom za izvršenje zainteresovanog lica. Sadržinu predloga zakonodavac je regulisao odredbom čl. 37 st. 1 ZIO. Ako utvrdi da je takav predlog osnovan, sud će donijeti rješenje o izvršenju koje mora biti snabdijeveno podacima iz čl. 41 st. 2 ZIO.³²

Odredbom čl. 243 ZIO je regulisan rok za podnošenje predloga za izvršenje, na način što je propisano da se isti može podnijeti u roku od 60 dana od dana kad je zaposleni stekao pravo³³ da predlog podnese. Nesumnjivo, riječ je o prekluzivnom³⁴ i peremptornom roku, čijim istekom zaposleni gubi mogućnost na (prinudno) izvršenje takve odluke. Nakon isteka roka za podnošenja predloga za izvršenje presude kojom se nalaže vraćanje na rad, izvršni povjerilac gubi sva prava iz radnog odnosa *pro futuro*.³⁵ Na njega sud pazi po službenoj dužnosti, pa će u slučaju da ustanovi da je predlog neblagovremen, isti odbaciti.³⁶

Razlozi koji su opredijelili zakonodavca da ustanovi ovako kratak rok, su dvojaki: *prvo*, riječ je o hitnom postupku

³¹ Kao obrazloženje zbog čega je izvršenje odluke u pogledu reintegracije zaposlenog na rad ostalo u rukama suda, u teoriji su mogu pronaći razmišljanja da je to zbog toga što se radi o najvažnijim i najosjetljivim pitanjima. Tako: Isa Shala, "Izvršenje sudskih odluka i drugih dokumenata koji sadrže obavezu", *Reviste shkencore juridike, Opinio Iuris*, nr. 1/2015, 114.

³² Kada je izvršna isprava u pogledu vraćanja na rad zaposlenog preinačena, izvršenje će se u tom dijelu obustaviti. Osnovni sud u Bijelom Polju, *Ip. br. 250/17 od 13. septembra 2017. godine*.

³³ Pod danom sticanja prava smatra se prvi dan nakon isteka paricionog roka iz izvršne isprave. Vid.: Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, šesto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 875.

³⁴ Upor. Mihajlo Dika, *Građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007, 718.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Isto i: Vukašin Ristić, *Komentar Zakona o izvršnom postupku, sa sudskom praksom, obrascima i registrom pojmova*, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje, "Službeni list SRJ", Beograd, 1991, 243.

po svojoj prirodi, pa je logično da postoji izuzetna zainteresovanost zaposlenog da ostvari pravo iz izvršne isprave i da se vrati na rad; *drugi razlog* leži u činjenici da po zahtjevu izvršnog povjerioca dužnik može da bude obavezan da u izvršnom postupku isplati zaradu od pravosnažnosti presude, koju bi ostvario da je bio na poslu.³⁷ Ukoliko bi taj rok bio duži to bi moglo dovesti do situacije da povjerilac podnese predlog poslednjeg dana roka, u kom slučaju bi primio zaradu kao da je radio.

U jednom slučaju u sudskoj praksi pravosnažnom sudskom odlukom pravnom prethodniku tužilaca je dosuđena naknada štete koja se odnosi na manje isplaćenu i izmaklu zaradu za period od kada je isti bio privremeno udaljen sa rada, pa do dana pravosnažnosti presude kojom su poništene odluke tuženog o prestanku radnog odnosa i naloženo istom da ga vrati na rad. Kako je utvrđeno da pravni prethodnik tužilaca nije podnosio zahtjev za prinudno izvršenje obaveze tuženog njegovim vraćanjem na rad, prvostepeni sud je polazeći od te činjenice i smatrajući da je rok za podnošenje navedenog zahtjeva prekluzivan odbio tužbeni zahtjev kao neosnovan. U ukidnim razlozima³⁸ se, međutim, primjećuje drukčije rezonovanje. Naime, ističe se da navedena okolnost ne utiče na pravo tužilaca da ostvare naknadu štete za izostalu zaradu i po isteku paricionog roka, odnosno do isteka roka za prinudno izvršenje obaveze tuženog u pogledu vraćanja na rad.

Što se tiče načina sprovođenja izvršenja, čl. 244 ZIO je predviđeno da se izvršenje na osnovu izvršne isprave po kojoj je poslodavac dužan da zaposlenog vrati na rad ili da ga rasporedi na odgovarajuće radno mjesto sprovodi izricanjem novčane kazne poslodavcu i odgovornom licu kod poslodavca. Dakle, zakonodavac je predvidio monetarne sankcije kao vid pritiska na poslodavca da vrati zaposlenog na rad i to kako za

³⁷ Tako: N. Šarkić, M. Nikolić, *op. cit.*, 528-539.

³⁸ Viši sud u Podgorici, *Gž. br. 3406/13 od 4. marta 2014. godine.*

odgovorno lice u pravnom licu, tako i za samo pravno lice. S obzirom da se novčana kazna može izricati sve do momenta do kad poslodavac ne postupi po izvršnoj ispravi, to je ovo rješenje dobro.³⁹ Ovdje valja primijetiti da odgovorno lice u pravnom licu nije bilo stranka u prethodno okončanom građanskom postupku. Pa ipak, kažnjava se u izvršnom postupku. Razlog tome se vidi u "poboljšanju efikasnosti u izvršenju sudskih odluka ove vrste, jer su često upravo odgovorna lica (najčešće direktor) iz različitih razloga, koristeći svoj položaj, onemogućavala vraćanje zaposlenog na rad i pored izricanja novčane kazne poslodavcu, u izvršnom postupku".⁴⁰ Pravilno je primijećeno i to da kada je u pitanju država da se u tom slučaju uplata svodi na prelivanje novca.⁴¹

Valja primijetiti da je poštovanje odluke o reintegraciji zaposlenog afirmisano i kroz krivično zakonodavstvo. Naime, nevraćanje zaposlenog na rad može predstavljati radnju krivičnog djela neizvršenje sudske odluke iz čl. 395 Krivičnog zakonika Crne Gore.⁴²

Prema stavu sudske prakse, poslodavac je postupio po izvršnoj ispravi kada je zaposlenom radi rasporeda na radno mjesto koje odgovara njegovoj stručnoj spremi i radnim sposobnostima, ponudio zaključenje aneksa ugovora o radu u skladu sa navedenim osobenostima, ako zaposleni to nije prihvatio.⁴³

Zaposleni, shodno odredbi čl. 245 ZIO, koji je podnio predlog da bude vraćen na rad može predložiti da sud donese rješenje kojim se određuje da je poslodavac dužan da mu isplati na ime zarade mjesečne iznose dospjele od

³⁹ Uz to, navedena odredba je bezmalo usaglašena sa prethodno citiranim *Mišljenjem broj 13 (2010) CCJE*.

⁴⁰ N. Šarkić, M. Nikolić, *op. cit.*, 111.

⁴¹ *Ibid.*, 112.

⁴² Krivični zakonik Crne Gore ("Službeni list CG", br. 70/2003, 13/2004 - ispr. i 47/2006 i "Sl. list CG", br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - dr. zakon, 40/2013, 56/2013 - ispr., 14/2015, 42/2015, 58/2015 - dr. zakon, 44/2017, 49/2018 i 3/2020).

⁴³ Osnovni sud u Podgorici, *Ip. br. 711/17 od 12. maja 2017. godine*.

pravosnažnosti presude do ponovnog vraćanja na rad. Ovaj predlog za naknadu može se spojiti sa predlogom za izvršenje ili može biti podnesen naknadno do okončanja postupka izvršenja. Rješenje kojim se predlog za naknadu usvaja ima dejstvo rješenja o izvršenju. Naknada mjesečne zarade određuje se u iznosu koji bi zaposleni ostvario da je bio na radu. S obzirom na karakter ovog rješenja, to dalje znači da nije potrebno da se podnosi novi predlog za njegovo izvršenje i da prigovor, odnosno žalba ne zadržavaju njegovo izvršenje.⁴⁴ Premda je ova mogućnost i te kako dobra, ona ne sprečava zaposlenog da svoje potraživanje naknade mjesečne zarade ostvaruje u postupku pred nadležnim – parničnim sudom. To znači da izvršni povjerilac ima mogućnost da pred dva različita foruma – u izvršnom i u parničnom postupku – zahtijeva naknadu zarade od dana pravosnažnosti odluke, pa do momenta okončanja postupka izvršenja.

Izraženost problema na operativnom nivou i analiza sudske prakse

Na bazi aktuelne sudske prakse u pogledu toga da se zaposleni može vratiti samo na radno mjesto “koje odgovara njegovoj stručnoj spremi i radnim sposobnostima”, poslodavci su iznašli odlične opstrukcione mehanizme za izvršenje reintegracione odluke. Riječ je o tome da kada otpuste jednog zaposlenog na njegovo mjesto brže-bolje postave drugo lice i na taj način aktom o sistematizaciji predviđena radna mjesta budu personalno kompletirana. To znači da ne mogu da vrate zaposlenog – tužioca na rad jer nemaju gdje da ga rasporede, a ono što uslijedi jeste proglašenje takvog zaposlenog tehnoloških viškom uz davanje otpremnine. Iako na prvi pogled izgleda kao da je i ovdje riječ o uspjehu zaposlenog, svakako da nije tako. Štaviše, upravo je poslodavac “oprao

⁴⁴ V. Ristić, *op. cit.*, 246.

ruke” na vrlo zakonit način, riješivši se zaposlenog. Dakle, na koncu imamo situaciju da je zaposleni čije je otpuštanje poslodavac i želio, na kraju ostao bez posla, a da je sudska odluka o vraćanju na rad njemu donijela samo (neznatnu) novčanu revalorizaciju radnog mjesta u vidu otpremnine. Sigurno je da zaposlenom to nije bila namjera.

Premda je zakonodavac pitanje restrukturalnih, tehničkih i tehnoloških promjena kod poslodavca definisao kao razlog za otkazivanje ugovora o radu, takva mogućnost ne znači da je dovoljna puka “ekstabilizacija” radnog mjesta. Naime, kako se to u literaturi pravilno zapaža, “do otkaza ugovora o radu zbog potreba poslodavca može doći samo ako je poslodavac, kao odgovor preduzeća na nastupanje određenih stvarnih okolnosti, donio određenu poslovnu odluku koja se tiče tehnoloških, ekonomskih, tehničkih, organizacionih, proizvodnih ili drugih sličnih promena u preduzeću. Tako, *ekonomskim* promenama treba smatrati negativne rezultate preduzeća, tj. njegovu negativnu ekonomsku situaciju, koja se ispoljava u postojećim ili anticipiranim gubicima, odnosno u dugotrajnom smanjenju prihoda ili prodaje. Sa druge strane, *tehničke* i *tehnološke* promene se tiču sredstava za proizvodnju ili proizvodne tehnologije, poput uvođenja novih, naprednijih mašina i drugih tehničkih inovacija, uvođenja nove tehnologije ili automatizacije određenih proizvodnih procesa, zbog kojih je smanjena potreba za brojem zaposlenih ili je neophodno ukidanje određenih poslova. Iste posledice mogu prouzrokovati i *organizacioni* razlozi koji se vezuju za promene u metodama organizacije proizvodnje ili pružanja usluga, a koje se dalje odražavaju na upravljanje radom zaposlenih, što može a i ne mora biti povezano sa tehničkim ili drugim razlozima. Ova vrsta razloga uključuje takođe i sve slučajeve reorganizacije preduzeća, zbog kojih poslodavac ima pravo da odlučuje ne samo o novoj raspodeli poslova, već i o smanjenju broja poslova ako se pokaže da su neki od njih suvišni u procesu rada ili je njihovo obavljanje skopčano sa nepodnošljivim

troškovima. Osim toga, poslodavac može doneti i odluku o racionalizaciji poslovanja posredstvom ukidanja određenih poslova radi ostvarivanja što boljih poslovnih rezultata. *Proizvodni* razlozi za otkaz se tiču, pre svega, promena u potražnji za proizvodima ili uslugama koje poslodavac nudi na tržištu, poput iznenadnog pada potražnje za ovim proizvodima ili uslugama, otkazivanje dela narudžbina ili gubitaka klijenata”.⁴⁵ Dakle, donošenje određene poslovne odluke nije samo po sebi dovoljno za primjenu ekonomskog otkaznog razloga, već je neophodno da ona bude donijeta kao odgovor na stvarne okolnosti koje su nastupile u određenoj sredini.⁴⁶ Te okolnosti čine uzrok prestanka potrebe za obavljanjem određenog posla, što znači da do otkaza može doći samo ako su nastupile određene promene u preduzeću, usled kojih je došlo do ukidanja ili smanjenja obima posla.⁴⁷

Međutim, u situaciji kada poslodavac nekog zaposlenog proglasi tehnološkim viškom, a nakon toga zaposli još nekoliko radnika, to predstavlja signal za sud da je riječ o zloupotrebi. Takav slučaj je ostao zabilježen u sudskoj praksi. Naime, u jednom postupku poslodavac je na osnovu čl. 92 st. 4 starog ZOR-a, zbog restrukturalnih promjena dao otkaz zaposlenoj. Međutim, tuženi je dok je tekao spor sa tužiljom promijenio akt o sistematizaciji i zaposlio još jedanaestoro lica. Sud je ponašanje tuženog prilikom donošenja akta o sistematizaciji radnih mjesta, kada nije sistematizovao radno mjesto koje odgovara radnim sposobnostima i stručnosti tužilje ocijenio kao nesavjesno i sračunato. Istom prilikom, sud je ocijenio pogrešnim postupanje prvostepenog suda kojim je na tužilju prebacio teret dokazivanja činjenice da je neko od navedenih lica primljeno na radno mjesto koje odgovara njenoj stručnoj spremi, znanju i sposobnostima, konstatujući da je teret dokazivanja ovih činjenica bio na tuženom. Zaključeno je da

⁴⁵ B. Šunderić, Lj. Kovačević, *op. cit.*, 382.

⁴⁶ *Ibid.*, 383.

⁴⁷ *Ibidem.*

tuženi nije postupio po pravosnažnoj sudskoj odluci i da je takvo postupanje nezakonito (presuda Višeg suda u Podgorici, *Gž. br. 1121/18 od 16. marta 2018. godine*).

Čl. 9 st. 3 *Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca*,⁴⁸ propisano je da su u slučajevima prestanka radnog odnosa za koje je rečeno da je do njih došlo zbog operativnih potreba preduzeća, ustanove ili službe, tijela iz čl. 8 Konvencije ovlašćena da utvrde da li je do prestanka radnog odnosa stvarno došlo iz tih razloga, ali u kojoj će mjeri oni biti ovlašćeni i da odlučuju da li su ti razlozi dovoljni da opravdaju taj prestanak radnog odnosa utvrdiće se metodima primjene iz čl. 1 Konvencije, dok je čl. 10 Konvencije stipulisano da ako tijela iz čl. 8 ocijene da je prestanak radnog odnosa neopravdan i ako nisu ovlašćena ili smatraju da je nesprovodljivo da, u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom i praksom, proglase prestanak radnog odnosa nevažećim, odnosno narede ili predlože vraćanje radnika na posao, ona će biti ovlašćena da narede isplatu odgovarajuće naknade ili nekog drugog davanja koje se može smatrati odgovarajućim.

Vraćanje radnika na rad ne može biti onemogućeno time što je u međuvremenu ukinuto radno mesto na kojem je radnik radio. U ovakvim slučajevima radna organizacija je dužna rasporediti radnika na druge odgovarajuće poslove i radne zadatke pod uslovima da radnik pristane da radi na drugim sličnim poslovima (*Vrhovni sud Jugoslavije, Rev. br. 132/69*).⁴⁹ U jednoj svojoj odluci Vrhovni sud Srbije (*Rev. br. 695/03 od 18. marta 2004. godine*) je istakao da nemogućnost izvršenja presude ne predstavlja razlog za otkaz ugovora o radu.

⁴⁸ Zakon o ratifikaciji Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca (*“Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori”*, br. 4/84, 7/91).

⁴⁹ Cit. prema. M. Šarkić, M. Nikolić, *op. cit.*, 540.

Nerazumno dugo odlaganje izvršenja obavezujuće presude može predstavljati kršenje EKLJP (*Burdov protiv Rusije*, predstavka br. 59498/00, ECHR 2002-III). Neopravdanost takvog kašnjenja određuje se uzimajući u obzir složenost izvršnog postupka, ponašanje aplikanta i nadležnih vlasti kao i iznosa i prirode naknade koju je sud dosudio (*Raylyan protiv Rusije*, predstavka br. 22000/03 od 15. februara 2007. godine, par. 31). Neka od kašnjenja mogu se pravdati posebnim okolnostima, ali ne mogu, ni u kom slučaju, biti takva da umanjuju srž prava zaštićenog po čl. 6 st. 1 EKLJP (*Burdov protiv Rusije* (br. 2), predstavka br. 33509/04 od 15. januara 2009. godine, par. 67).

Interesantno je da je ESLJP repetitivno iznio stav da od osobe koja je dobila presudu protiv države ne bi trebalo očekivati da pokrene posebni izvršni postupak (*Metaxas protiv Grčke*, predstavka br. 8415/02 od 27. maja 2004. godine, par.19, *Burdov protiv Rusije* (br. 2) gore navedena, par. 68, *Čikanović protiv Hrvatske*, predstavka br. 27630/07 od 05. februara 2015. godine, par. 51). Navodi se da u tom slučaju državne vlasti moraju biti uredno obaviještene o presudi i, na taj način, u poziciji da preduzmu sve neophodne korake kako bi postupili po njoj ili je prosljedili drugom državnom organu vlasti nadležnom za izvršenje. Možemo konstatovati da je ESLJP vrlo striktan kada se u ulozi izvršnog dužnika pojavljuje država. Toliko daleko da ne smatra nužnim i neophodnim da izvršni povjerilac u tom slučaju podnosi predlog za izvršenje. Štaviše, iz analizirane sudske prakse zaključuje se, da bi u slučaju odbacivanja predloga za izvršenje u tom slučaju bilo prekršeno pravo iz čl. 6 st. 1 ESLJP. Iz ove perspektive, takvo rješenje leži na postulatima pravičnosti. Jer, kako država može od adresata zahtijevati određeno ponašanje ako ona ne poštuje odluke sudova koje je sama konstituisala. U presudi *Lukavica* (već citirana, par. 54), svojstvo izvršnog dužnika imala je lokalna samouprava. U tom slučaju Sud je istakao da se od osobe koja je dobila konačnu i izvršnu presudu protiv lokalnih

vlasti ne može zahtijevati da naknadno pokrene izvršni postupak za njeno izvršavanje, te da takav pojedinac ne smije snositi nikakve posljedice zbog toga što to nije učinio.

Bez obzira na to da li je dužnik privatno lice ili lice pod upravom države, na državi je da preduzme sve neophodne korake da izvrši pravosnažnu sudsku presudu i da time osigura djelotvorno učešće svog cijelog aparata (*Pini i dr. protiv Rumunije*, predstavka br. 78028/01 i 78030/01, ECHR 2004-V, par. 174-189, *Jovičić i dr. protiv Srbije*, aplikacije br. 37270/11, 37278/11, 47705/11, 47712/11, 47725/11, 56203/11, 56238/11 i 75689/11 od 13. januara 2013. godine, par. 34). U kontekstu društvenih preduzeća, period neizvršenja ne bi trebalo ograničiti samo na fazu izvršenja, već on treba da obuhvati i kasniji stečajni postupak (vid. *Kačapor protiv Srbije*, ranije citirana, par. 115, *Jovičić i dr. protiv Srbije*, već citirana, par. 34). U presudi *Jovičić i dr. protiv Srbije*, Sud je istakao da u slučaju izvršenja pravosnažne sudske odluke donijete protiv privatnog lica, država nije, prema opštem pravilu, neposredno odgovorna za dugove privatnih lica. Njene obaveze, u tom slučaju, prema čl. 6 Konvencije i čl. 1 Protokola broj 1, ograničene su na obezbjeđenje neophodne pomoći povjeriocu u izvršenju odluka suda, na primjer, putem izvršnog ili stečajnog postupka. U istoj presudi, Sud je ponovio da je država neposredno odgovorna čak i nakon privatizacije državnih preduzeća, pod uslovom da je sudska odluka postala pravosnažna kada je preduzeće radilo kao lice pod upravom države. Međutim, država ne može biti odgovorna ukoliko dužnik nema sredstava da isplati svoj dug ili za nemogućnost prodaje imovine dužnika na licitaciji (*Omerović protiv Hrvatske*, ranije citirana, par. 35).

U presudi *Krndija i dr. protiv Srbije* (predstavke br. 30723/09, 9370/13, 32658/12 i 2632/09 od 27. juna 2017. godine) Sud je, uz reference iz svojih ranijih odluka, istakao: da se kašnjenje u izvršenju presude može opravdati u posebnim okolnostima, ali da ono, međutim, ne može biti

takvo da ugrožava suštinu prava zaštićenog prema čl. 6 st. 1 EKLJP. Štaviše, to je trajna situacija koja prestaje, u načelu, na dan izvršenja odnosno odluke ili kada je potvrđeno da je izvršenje objektivno nemoguće; da je država, za razliku od situacije kada se u ulozi dužnika nalaze privatna lica, neposredno odgovorna za dugove ili propuste državnih preduzeća i da ne može da koristi nedostatak sredstava, loše finansijsko stanje dužnika ili ukidanje radnog mjesta u predmetima vraćanja na rad kao važeći izgovor za pretjerana kašnjenja ili neizvršenje tih odluka u kontekstu tog konkretnog izvršenja.

Zaključna razmatra i predlozi *de lege ferenda*

U radu smo se bavili reintegracijom zaposlenog na rad nakon što sud poništi odluku o otkazu. Za bolje razumijevanje ove tematike bilo ju je neophodno analizirati sa aspekta dva zakonska teksta – Zakona o radu i Zakona o izvršenju i obezbjeđenju. Na osnovu izvršene analize možemo konstatovati da postoje ozbiljni problemi na planu izvršenja ovih sudskih odluka.

Izložena sudska praksa nacionalnih i sudova iz okruženja nije pokazala afirmativni trend ka suzbijanju samovolje poslodavaca. Novčana revalorizacija radnog mjesta zaposlenog nije cilj kome zaposleni strijemi, a takav kraj jednog procesa nije kompatibilan sa standardom pravne sigurnosti u najširem smislu te riječi.

Posebno treba akcentovati situaciju u kojoj se kao izvršni dužnik javlja država. I javni izvršitelji i sudovi bi trebalo da znaju da u tim slučajevima predloge za izvršenje ne bi trebalo odbacivati kao neblagovremene, jer je u praksi ESLJP inaugurisan stav prema kome se od svake države očekuje da poštuje i izvršava odluke organa koje je sama konstituisala.

Sudovi bi trebalo da promijene svoju praksu i da ne dozvoljavaju poslodavcu da zaposlenog vrati na bilo koji posao

(poštujući samo standarde – nivo kvalifikacije obrazovanja i radna sposobnost), već da, ukoliko nije moguće vraćanje na isto mjesto onda bar na mjesto koje je po visini zarade identično ili u velikoj mjeri slično sa prethodnim radnim mjestom zaposlenog. Za takvo postupanje definitivno imaju osnova, a uostalom, doktrina ih podržava na tom putu.

Summary

This paper analyzes two legal texts – Labour Law and Law on Enforcement and Securing of Claims - regarding the reinstatement (reintegratio) of an employee to work after the court annuls the decision on dismissal. Relevant national case law has also been analyzed and criticized in terms of Article 6 of the ECHR.

The biggest problem, in our opinion, is the wide latitude of discretion of an employer to reinstate the employee to work, respecting only two factors - the level of qualification of education and working ability. This practice, as we have shown, can lead to a significant reduction in employee earnings, as well as in having a smaller corpus of rights than he had before. In accordance with the ECHR standards, it is not allowed to reject the untimely proposals for enforcement in cases in which the State appears as a judgment debtor.

However, this practice is common within the courts and public enforcement officers, and therefore, has been criticised by this paper. Namely, the ECHR rightly raises the rhetorical question - how can the state expect its citizens to respect the norms, if the state does not respect the decisions of the bodies it has constituted. In addition, in the practice of the ECHR, a difference has been made in the behavior of the state regarding who appears in the role of the judgment debtor. If it is the state, then it cannot invoke the fact that there are no funds, and if the judgment debtor is a person independent of the state - then the state role is exhausted by providing the

necessary assistance to the judgment creditor in enforcing court decisions.

Valentina PAVLIČIĆ¹

COVID-19 I NJEGOV UTICAJ NA LJUDSKA PRAVA

Uvod

Evropska konvencija o ljudskim pravima (u daljem tekstu: „Konvencija“) Visokim stranama ugovornicama daje mogućnost da pod određenim uslovima uz vanredne okolnosti može odstupiti od Konvencije i ograničiti vršenje određenih ljudskih prava, ako je to neohodno u cilju zaštite prava drugih ili javnog interesa. 2020.godina ostaće upamćena kao godina globalne pandemije zarazne bolesti prouzrokovane tipom coronavirusa COVID-19. Pandemija se nepredviđenim očekivanjima stalno širi i kao takva prerasla je u jednu od najvećih kriza sa kojom se čitav svijet suočio od Drugog svjetskog rata na ovamo. U fokusu rada državnih organa svih zemalja širom Evrope našli su se zdravlje i životi građana, te se preduzimaju mjere hitnog karaktera kako bi se države izborile sa izazovima i opasnostima koje prijete širenjem ovog opasnog virusa.

Crna Gora nije ostala izvan toga, već se i sama suočila sa nezapamćenom zdravstvenom krizom velikih razmjera koja je ostavila trag na poštovanje temeljnih vrijednosti demokratije, vladavine prava i na sama ljudska prava čije je poštovanje zagarantovano Konvencijom. Mjere koje se preduzimaju kao hitne u cilju sprečavanja širenja epidemije na teritoriji jedne države predstavljaju ogroman izazov za demokratsku otpornost, kako bi se izbjeglo da iste umanje osnovna prava i slobode, derogiraju vladavinu prava, a sa

¹ Zastupnik Crne Gore pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu

druge strane opravdaju očekivanja da se predvide sve relevantne opasnosti proaktivnim djelovanjem i primjenom mjera. Naime, nepredvidljive okolnosti koje je nametnulo širenje virusa dovele su do šire primjene i trajanja ograničenja ljudskih prava, nego što je to prisutno u uobičajenim okolnostima i što može da dovede do promjena u odnosu zaštite prava pojedinca i prava javnosti uopšte, davanjem prioriteta zaštiti prava na život i zdravlje ili čak da ugrozi širi status zaštite ljudskih prava kao kamena temeljca evropske demokratije. Ovim člankom pokušaću da približim pitanje derogacije Konvencije kao posebnog prava koje Konvencija priznaje državama ugovornicama.

Odstupanje u vanrednim okolnostima²

1. U doba rata ili druge javne opasnosti koja prijete opstanku nacije, svaka Visoka strana ugovornica može preduzeti mjere koje odstupaju od njenih obaveza po ovoj konvenciji i to u najnužnijoj mjeri koju zahtijeva hitnost situacije, s tim da takve mjere ne budu u neskladu s njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu.

2. Prethodna odredba ne dopušta odstupanje od člana 2 osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima, ili člana 3 i 4, stav 1 i člana 7.

3. Svaka Visoka strana ugovornica koja koristi svoje pravo da odstupi od odredbi Konvencije obavještava u potpunosti Generalnog sekretara Savjeta Evrope o mjerama koje preduzima i razlozima za njih. Ona takođe obavještava Generalnog sekretara Savjeta Evrope kada takve mjere prestaju djelovati i kada se odredbe Konvencije ponovo počinju u potpunosti primjenjivati.

² Član 15

Pojmovno značenje - izolacija i karantin

Sve države potpisnice Konvencije, njih 47 od čega su 27 članice Evropske unije obavezale su se na poštovanje i primjenu Konvencije kao "*instrumenta Evropskog javnog poretka*".³ Međutim, određeni krug ljudskih prava može biti ograničen u ostvarivanju određenog legitimnog cilja kakav predstavlja i zašita zdravlja nacije, što se upravo i dešava tokom ove godine. Najčešći izrazi koji su se čuli od strane raznih predstavnika državne vlasti (a koje se u prethodnom periodu čak nisu ni spominjale, osim u zatvorskom žargonu) jesu "*izolacija*" i "*karantin*". U istorijskom i jezičkom smislu izraz *lockdown* (*izolacija*) pominje se u praksi američkih zatvorskih uslova, kada su se pojedinim zatvorenicima ograničavala kretanja ili pogodnosti usljed nekih vanredno nastupjelih okolnosti, dok se riječ *karantin* upotrebljavala za mjere koje su se preduzimale prema pojedincima ili grupama za koje je pouzdano utvrđeno da boluju od neke zarazne bolesti. Značenje ovih izraza u kontekstu pandemije uzrokovane virusom COVID-19 odnosi se na ograničenje slobode kretanja i kontakata u porodicama i grupama kao opšte mjere koje važe za stanovništvo jedne određene teritorije, grada, regije ili čitave države, a sve sa ciljem sprečavanja širenja virusa. Ono što je karakteristično za mjere izolacije jeste da se one primjenjuju na sve, bez obzira da li se radi o licima zaraženim virusom ili ne. Izuzeci su mogući, ali su oni taksativno navedeni određenim zakonima ili podzakonskim aktima. Ako izraz izolacija posmatramo u kontekstu društveno-ekonomskih odnosa, može se reći da on predstavlja ograničenje slobode kretanja i uživanja porodičnog, društvenog i ekonomskog života pojedinca.

³ Loizidou v. Turkey (preliminary objections), application no. 15318/98, 25 March 1995, § 93

Za razliku od izolacije, izraz karantin se odnosi na skup mjera koje se preduzimaju prema pojedincima ili grupama pojedinaca, za koje je pouzdano utvrđeno da boluju od virusa ili se sumnja da mogu biti potencijalni nosioci virusa, pa su kao takvi zatvoreni na određenim lokacijama koje ne smiju napuštati iz bilo kojeg razloga jer bi bili sankcionisani. Ovi izrazi inkorporirani su u naredbama i mjerama koje su donosili nacionalni državni organi, radi zaštite javnog zdravlja svoje nacije. Skoro sve države su različitim mjerama, sa različitim intenzitetom i širinom primjene ograničile određena temeljna ljudska prava u prvom redu slobodu kretanja, pravo na privatnost i porodičan život, slobodu okupljanja.

Osnovni principi derogiranja obaveza iz Konvencije

Konvencija daje mogućnost vladama država ugovornica da u izuzetnim-vanrednim okolnostima *u doba rata ili druge javne opasnosti koja prijeti opstanku nacije*,⁴ odstupe od svoje obaveze da obezbijede ostvarivanje prava u skladu sa Konvencijom. Odstupanje (derogacija) Konvencije mora biti privremeno, ograničeno i kontrolisano. Mogućnost i pravo države ugovornice da odstupi od Konvencije automatski ne znači da se primjenjuju ograničenja, već se od država očekuje da ukoliko mogu ostvariti svoj cilj tokom trajanja određene krize bez primjene vanrednih mjera to treba tako i da urade. Analizirajući situacije u kojima su pojedine države derogirale određene odredbe Konvencije, jedna grupa pravnih stručnjaka/profesora na čelu sa Emilie Hafner-Burton smatra da su "odstupanja od Konvencije racionalan odgovor na političku nesigurnost i neizvjesnost vlada, na koji način im se omogućava da kupe vrijeme i zakonski prostor za pritisak od građana/birača, sudova i interesnih grupa za borbu protiv

⁴ Član 15 Konvencije https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf

kriza⁵. Autori Konvencije su u godinama nakon Drugog svjetskog rata bili svjesni ovih opasnosti i prepoznali su da krize pružaju pogodan izgovor za Vlade da ojačaju svoje moći, demontiraju demokratske institucije, a sa druge strane imaju odgovornost da zaštite svoje građane i nacionalne institucije. Upravo uravnoteženost-balans kao nit koja provejava čitavim tekstom Konvencije može se naći i u postojanju klauzule o derogaciji Konvencije. Tvorci Konvencije na taj način su htjeli da uravnoteže dva konkurentna i suprotstavljena prava.

Pravo i mogućnost za primjenu člana 15 Konvencije je suvereno pravo države ugovornice i ukoliko se opredijeli za primjenu i aktivaciju ovog člana svaka Visoka strana ugovornica ima obavezu da diplomatskom notom obavijesti Generalnog sekretara Savjeta Evrope u cjelosti o svim mjerama koje je preduzela i razlozima zbog kojih je to učinila. Do trenutka pisanja ovog članka, za primjenu klauzule o derogaciji Konvencije zbog krize izazvane virusom COVID-19, opredijelile su se Litvanija⁶, Rumunija⁷, Jermenija⁸, Estonija⁹, Moldavija¹⁰, Gruzija¹¹, Albanija,¹² Sjeverna Makedonija¹³, Srbija¹⁴ i San Marino¹⁵.

⁵ Emilie M. Hafner-Burton and others "Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties".

⁶ Notification 16 March 2020, <https://rm.coe.int/09000016809ce9f2>. On the same day, Latvia also made a notification off derogation to the ICCPR, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.105.2020-Eng.pdf>

⁷ Notification of 18 March 2020 <https://rm.coe.int/16809cee30>

⁸ Notification of 20 March 2020, <https://rm.coe.int/09000016809cf885>

⁹ Notification of 20 March 2020, <https://rm.coe.int/09000016809cfa87>

¹⁰ Notification of 20 March 2020, <https://rm.coe.int/09000016809cf9a2>

¹¹ Notification of 23 March 2020, <https://rm.coe.int/09000016809cff20>

¹² Notification of 1 April 2020, <https://rm.coe.int/09000016809e0fe5>

¹³ Notification of 2 April 2020, <https://rm.coe.int/09000016809e1288>.

¹⁴ Notification of 7 April 2020, <https://rm.coe.int/09000016809e1d98>

¹⁵ Notification of 14 April 2020, <https://rm.coe.int/09000016809e2770>

Istorijski gledano, ovo nije prva situacija koja je opredijelila pojedine države za primjenu ovog ovlašćenja. Od stupanja na snagu Konvencije to je uradila Turska u nekoliko navrata, Republika Irska, Grčka, Ujedinjeno Kraljevstvo, Ukrajina. Međutim, ono što razlikuje ranije razloge za derogaciju Konvencije i sadašnji period jeste u činjenici da su sadašnji zahtjevi za derogacijom zasnovani na istom uzroku u svim državama, a to je prijetnja nekontrolisanog širenja virusa COVID-19 i opasnost po očuvanje javnog zdravlja nacije. Preduzimanjem određenih mjera u cilju zaštite javnog zdravlja u skoro svim državama Evrope zadiralo se u slobodu kretanja, jer su npr. obuhvatale pravo pojedinaca da napuste neku državu i pređu u drugu ili se vrate u zemlju porijekla. To ne znači da se mjere zabrane putovanja ne mogu nametnuti u svrhu ostvarivanja legitimnog cilja, ali one moraju biti srazmjerne i vremenski ograničene i upravo Konvencija, osim što predviđa zadovoljenje i ispunjenje određenih materijalnih uslova za derogaciju, države ugovornice koje se opredijele za takvu mogućnost dužne su ispuniti i procesne obaveze, koje se osim toga što su dužne obavijestiti Generalnog sekretara Savjeta Evrope o primjeni ove klauzule, države članice su u obavezi obavijestiti i o ponovnoj punoj primjeni odredaba Konvencije, odnosno o prestanku tih vanrednih okolnosti.

Mogućnost koja je data kao suvereno pravo država na derogaciju Konvencije u vanrednim okolnostima nije apsolutno, već je u ograničenom obimu i pod nadzorom Evropskog suda. Dosadašnja sudska praksa nam ukazuje da ukoliko imamo pritužbe na povredu konvencijskog prava tokom perioda u kome je data izjava o derogaciji Konvencije, Sud će prvo ispitivati konkretni slučaj u meritumu, odnosno da li se mjera čije se osporavanje traži i koja je dovela do povrede određenog konvencijskog prava može opravdati na osnovu samog člana Konvencije kojim se to pravo uređuje. Ako se ne može opravdati samo pozivom na taj određeni član, Sud to konstatuje i ide se dalje u ispitivanje slučaja, odnosno

prelazi se na ispitivanje same izjave o derogaciji, da li je derogacija valjana, objektivna. Ovo ispitivanje podrazumijeva ispitivanje uslova i pretpostavki za njeno podnošenje.

U predmetu *Lawless protiv Irske*¹⁶, Sud je primijetio da uobičajeno značenje iz člana 15 koje se odnosi na „druge javne opasnosti koja prijete opstanku nacije“¹⁷ je bilo dovoljno jasno u formulaciji „izuzetno kritična ili vanredna situacija koja pogađa cjelokupno stanovništvo i predstavlja prijetnju po organizovani život zajednice koja čini državu“. U konkretnom slučaju, kao osnov za preduzetu mjeru vlade Republike Irske, Sud je utvrdio analizom nekoliko činjenica i faktora kao što je postojanje tajne vojske (IRA) ne samo na teritoriji Irske, već i izvan njenih teritorija koja se bavi neustavnim aktivnostima za čije ostvarivanje koristi nasilje, terorističke akcije, što je sve narušavalo odnose Irske sa susjednim državama. Sud je na kraju zaključio da je Republika Irska opravdano proglasila postojanje javne opasnosti koja prijete opstanku nacije u Irskoj i opravdano primijenila klauzulu derogacije.

Interesantno je viđenje Suda u slučaju kada je Ujedinjeno Kraljevstvo 2011.godine nakon terorističkih napada u SAD-u poslalo šest obavještenja Generalnom sekretaru Savjeta Evrope, kojim je ispoljilo svoju bojazan da će zbog nemogućnosti deportacije stranih državljana u zemlje porijekla njihov ostanak na teritoriji UK predstavljati realnu opasnost i rizik za nacionalnu bezbjednost, gdje je zatražilo širi kontekst tumačenja uslova za određivanje pritvora. Prije nego što su se obratili izjavom za derogaciju Konvencije, državni organi su se obratili nacionalnim sudijama i predložili postojanje ozbiljnih dokaza koji upućuju na opasnost od postojanja terorističkih napada. Sve nacionalne sudije su prihvatile činjenicu da se radi o velikoj vjerovatnoći opasnosti za nacionalnu bezbjednost, iako u tom periodu kada se odstupanje od

¹⁶ *Lawless v. Ireland* (no. 3), application no. 332/57, 1 July 1961, § 28

¹⁷ član 15 stav 1 Konvencije

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf

Konvencije tražilo nije postojao ni jedan napad Al-Kaide na teritoriji UK. Sud je prihvatio argumente Ujedinjenog Kraljevstva i istakao da se ne može očekivati od države da čeka da se prijeteća opasnost desi, pa tek da preduzmu mjere i da se veliki značaj mora dati stavovima nacionalnih sudova koji su u boljoj poziciji bili da ocijene dokaze u vezi sa postojanjem opasnosti po nacionalnu bezbjednost.¹⁸

Ako se sagleda pozicija Suda, sa svojim nadzornim mehanizmima nad primjenom Konvencije, može se reći da za razliku od ostalog dijela, u konkretnoj situaciji koja se tiče primjene člana 15 Konvencije daje izuzetno široko polje slobodne procjene državama ugovornicama. Osnovni pristup suda sadržan je u predmetu Irska protiv Ujedinjenog kraljevstva¹⁹ gdje se navodi da je na svakoj državi ugovornici na prvom mjestu, zbog njene odgovornosti po opstanak nacije da odredi kad je taj opstanak ugrožen vanrednim stanjem i ako jeste do koje mjere treba ići da se izbjegne takvo stanje. Zbog njihovog neposrednog i stalnog kontakta sa prijetećom opasnošću trenutka, nacionalne vlasti su u načelu u boljem položaju od međunarodnog suda da procijene postoji li takvo izvanredno stanje i da li su priroda i polje primjene derogacije nužni da bi se ono otklonilo. Član 15 Konvencije daje mogućnost nacionalnim vlastima široku primjenu slobodne procjene. Nezavisno od toga, države ne uživaju neograničenu slobodu. Sud koji je, zajedno sa Komisijom odgovoran za osiguranje nadzora nad obavezama država ovlašćen je presuditi jesu li države prekoračile polje koje je strogo određeno potrebama krize.²⁰

Da zaključim, kada je u pitanju pravo i mogućnost Visokih strana ugovornica za aktivacijom klauzule derogacije iz člana 15 Konvencije ostavljena je široka mogućnost nacionalnim vlastima, ali su njihova postupanja pod

¹⁸ A. and Others v. the United Kingdom, application no. 3455/05, 19 February 2009

¹⁹ Ireland v. the United Kingdom, application no. 5310/71, 18 January 1978

²⁰ Ireland v. the United Kingdom, application no. 5310/71, 18 January 1978, § 207

evropskim nadzorom. Kada jedna država ugovornica odluči i obavijesti Generalnog sekretara o aktivaciji klauzule za derogaciju Konvencije nije nužno da se na teritoriji te države proglasi i vanredno stanje kako bi se i derogirala Konvencija, već je dovoljno da se samo u jednom segmentu određenog zakona odstupi od neke obaveze iz Konvencije sa obrazloženjem da se radi o vanrednom stanju koje ugrožava opstanak nacije. Svih deset država koje su obavijestile Generalnog sekretara o derogaciji Konvencije, usljed uslova nekontrolisanog širenja zaraze virusom COVID-19 na svojoj teritoriji su prethodno proglasile vanredno stanje. Ostalih 37 država članica Savjete Evrope nisu derogirale Konvenciju, iako je kod svih njih došlo do sličnih i uporedivih mjera sa ciljem sprečavanja širenja pandemije izazvane Covidom-19, kojim se zadire u ljudska prava i koje su poremetile normalno funkcionisanje društvenog sistema i neke su čak i proglasile vanredno stanje .

Ljudska prva čija suspenzija nije dopuštena

Kao što to Konvencija dozvoljava državama ugovornicama da u cilju zaštite nacionalnog interesa, te zaštite javnog zdravlja mogu ograničiti određena ljudska prava, tako stavom 2 člana 15 Konvencije nije dopušteno odstupanje od člana 2 (pravo na život), osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima, ili člana 3 (zabrana mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja) i člana 4 stav 1 (zabrana ropstva i prinudnog rada) i člana 7 Konvencije.²¹ (princip nema kazne bez zakona). Takođe, nije moguće derogirati zabranu izricanja smrtne kazne koja je predviđena protokolima 6 i 13 uz Konvenciju.²²

²¹ Član 15 Konvencije https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf

²² Član 3 Protokola br. 6 i član 2 Protokola br. 13 uz Konvenciju https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf

Kada su u pitanju ljudska prava koja se ne mogu derogirati kroz svoju sudsku praksu Evropski sud je već zauzeo standard. Tako je u predmetu *McCann i drugi protiv UK*²³ utvrdio povredu člana 2 Konvencije, jer je došlo do ubijanja tri pripadnika privremene terorističke organizacije IRE na Gibraltaru. Naime, Sud je zaključio da član 2 ne predstavlja samo mjeru zaštite života, nego takođe predviđa okolnosti kada lišenje života može biti opravdano i označava ovu odredbu kao jednu od najtemeljnijih odredbi Konvencije, koja u vrijeme mira ne podliježe odstupanju. U ovom predmetu je konkretno utvrdio da je došlo do povrede ovog člana, rukovodeći se standardom da li je operacija koju su sprovodili vojnici Specijalne vazdušne jedinice (SAS) mogla biti kontrolisana i organizovana bez ubijanja osumnjičenih lica.

Veoma poznat predmet iz sudske prakse koji se između ostalog i bavio pitanjem nemogućnosti preinačenja smrtno kazne u doživotni zatvor i uslovima u pritvoru (posebno socijalna izolacija i ograničenje slobode kontaktiranja sa članovima porodice i advokatima) jeste predmet *Öcalan protiv Turske*²⁴. U presudi je utvrđeno da je prema osnivaču nelegalne organizacije PKK Öcalanu došlo do povrede prava iz člana 3 Konvencije, jer su uslovi u pritvoru koji su nametnuti do 2009.godine bili nečovječni, dok nakon tog perioda nije našao povredu. Sud je utvrdio da ovo pravo koje je zaštićeno članom 3 sadrži jedno od osnovnih demokratskih vrijednosti demokratskog društva. Čak i u najtežim trenucima kao što je borba protiv terorizma i organizovanog kriminala, Konvencija apsolutno zabranjuje nečovječno postupanje, mučenje ili kažnjavanje. Za razliku od većine materijalnih odredbi Konvencije član 3 ne sadrži izuzetke ili odstupanja od obaveza

²³ *McCann and Others v. the United Kingdom*, application no. 18984/91, 27 September 1995

²⁴ *Öcalan v. Turkey* (no. 2), application nos. 24069/03, 197/04, 6201/06 and 10464/07, 18 March 2014

iz člana 15 stav 2 i u okolnostima javne opasnosti koja prijeti opstanku nacije²⁵.

Umjesto zaključka

Na državama je veoma jasna i možemo reći sa druge strane teška obaveza, a to je da pruži zaštitu života i zdravlja svog naroda i nacije u datom trenutku. Da bi to uradile u ovim savremenim uslovima dužne su da preduzimaju sve mjere koje se od njih osnovano očekuju, ali i istovremeno da pažljivo procjenjuju do kojeg nivoa sa takvim mjerama zadiru u prava i slobode svojih građana, pri tom vodeći računa o nužnosti i neophodnosti kao ograničavajućim faktorima prilikom njihovog preduzimanja i samo dok to zadiranje prouzrokuje vanredna situacija izazvana pandemijom virusa COVID-19.

Da li derogirati ili ne prava iz Konvencije? Ovo pitanje je i u ranijem periodu podstaklo na debatu zagovornike i jedne i druge opcije. Pojedini koji smatraju da u uslovima kada opstanku nacije prijeti opasnost treba derogirati Konvenciju prednost vide u tome što se može napraviti jasna razlika između ograničenja prava koja su dopuštena u uobičajenim okolnostima i onih koja su dopuštena samo u cilju sprečavanja pandemije izazvane Covidom-19. Derogacija može predstavljati prihvatanje pravila da svako ograničenje prava može biti privremeno, podložno preispitivanju i korišćeno samo u svrhu ostvarivanja legitimnog cilja. Prava bi trebalo ograničiti u mjeri koju diktiraju vanredne okolnosti dok su načela srazmjernosti i zakonitosti i dalje primjenjiva. Imajući u vidu da se opravdanost derogacije od strane Evropskog suda do sad cijenila uvijek *post festum*, dakle kada je vanredna opasnost prestala da postoji i kada je neki konkretan slučaj iznijet pred Sudom, ono što će biti veoma zanimljivo za sve koji se bave

²⁵ Öcalan v. Turkey (no. 2), application nos. 24069/03, 197/04, 6201/06 and 10464/07, 18 March 2014, § 97-98

ljudskim pravima jeste kako će se Evropski sud odnijeti i postupiti u odnosu na tako različite situacije i reakcije pojedinih država, od kojih su neke pristupile derogaciji, a neke su se oslonile na izuzetke koji se već nalaze u Konvenciji, a imamo veoma sličnu situaciju u skoro svim zemljama Evrope. Ono što je veoma jasno i vidljivo jeste da je širenje pandemije COVID-19 nepredvidljivo i promjenljivo, tako da je i pitanje oko prirode, nužnosti i neophodnosti preduzetih mjera i njihovoj djelotvornosti takođe promjenljivo. Upravo princip koji Evropski sud razvija kroz svoju praksu o Konvenciji kao *živom instrumentu*²⁶ će doći do izražaja u ovoj situaciji kakva je zadesila ne samo Evropu, već i čitav svijet, a od svih nas kao čuvara Konvencije zahtijeva se hrabro srce, odlučnost i um.

Summary

The European Convention, as a regional and international document, gives the High Contracting Parties the opportunity to derogate from the provisions under the Convention and to restrict exercising of certain human rights under particular circumstances and during public emergency, if this is necessary due to the public emergency that is threatening life of the nation.

This Article gives an overview and analysis of the fulfillment of substantive and procedural criteria under which the High Contracting Parties may apply provision under Article 15 of the Convention.

The uncontrolled spread of the COVID-19 pandemic has led to diverse measures being taken by the Government, that have resulted in a restriction of particular human rights more than in normal circumstances, considering that certain States decided that it is crucial to submit Note Verbale to the Secretary General of the Council of Europe regarding

²⁶ Tyrer v. the United Kingdom, application no. 5856/72, 25 April 1978

derogation of the Convention, contrary to the few States that maintained the view that the measures taken can be interpreted within the existing Convention restrictions.

The proportionality, legitimacy and necessity of the taken measures will be examined and assessed by the European Court through individual cases.

Keywords: Convention, human rights, derogation, European Court of Human Rights, COVID-19, public health, public emergency

Mr Nikola MUGOŠA ¹

**IZAZOVI SPROVOĐENJA DEMOKRATSKIH IZBORA
U DRŽAVAMA ČLANICAMA EU
U USLOVIMA EPIDEMIJE COVID 19**

Uvodna razmatranja

Epidemija COVID 19 reflektovala se na promjene u skoro svim sferama organizacije i uređenja pravnih i političkih sistema širom planete. Njena početna zdravstvena prijetnja, ubrzo je evoluirala i za samo nekoliko mjeseci transformisala kako individualne živote pojedinaca, tako i kolektivno funkcionisanje. Takav višeslojni uticaj doprinio je da se svijet suoči sa potpuno novim izazovima demokratskog uređenja. Ova kriza ogledala se u restrikciji građana da ostvaruju svoja ljudska i druga prava, kao i političke slobode, kao i u često pravno neutemeljnim mjerama koje su pravdane potrebom zaštite zdravlja.

Mnoge organizacije koje se bave pitanjima demokratije, političkih sloboda i zaštite ljudskih prava akcentovale su činjenicu da se demokratija u svijetu suočava sa novim nizom izazova. Prestižna, svjetski poznata NVO „*Freedom House*“, potvrdila je u svom posebnom izvještaju o uticaju COVID 19 na demokratiju upravo ove tvrdnje.² Naime, u pomenutom izvještaju konstatuje se da se stanje ljudskih prava i demokratije pogoršalo u 80 država svijeta od izbivanja epidemije, a naročito u zemljama nekonsolidovanih

¹ Mr Nikola Mugoša, pravni savjetnik u Državnoj izbornoj komisiji u Podgorici.

² U Izvještaju pod nazivom „Demokratija pod ključem“ („Democracy Under Lockdown“) koje je NVO Freedom House sproveda u 192 države učestvovalo je 398 novinara, NVO aktivista, analitičara i drugih eksperata. Ovo istraživanje prvo je ove vrste i fokusirano je na analizi stanja demokratije u vrijeme epidemije COVID 19.

demokratija. Uočava se da su vlade širom svijeta zloupotrijebile svoja ovlašćenja, učutkivale svoje kritičare i oslabljivale i marginalizovale uticaj demokratskih institucija. Pomenuti izvještaj identifikuje da su se slabosti i izazovali najviše reflektovali na: mehanizme kontrole protiv zloupotrebe vlasti, zaštitu ranjivih grupa, transparentnost i antikorupciju, slobodu medija i izražavanja, kao i na kredibilitet izbora.³

Redovno održavanje izbora kao jedan od neizostavnih temelja svake demokratije suočeno je sa više izazova u vrijeme epidemije COVID 19. Naime, garancije redovnog održavanja izbora postoje u svim temeljnim međunarodnim dokumentima iz oblasti ljudskih prava, od, između ostalih, Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, pa do evropskog kontinenta u Dobrim praksama u sprovođenju izbora Venecijanske komisije odnosno Savjeta Evrope. Izvjesnost održavanja izbora sa sobom nosi nedvosmislenu garanciju da je građanima data mogućnost da produže ili okončaju mandat svojim predstavnicima. Takođe, izbori su primarni mehanizam izbora političkih lidera, ali i način učešća pojedinaca u kreiranju politika.⁴

Izbori predstavljaju najmasovniji društveni događaj koji mobilise milione ljudi i okuplja cijela društva, te se ne može porediti ni sa jednim drugim događajem sprovedenim od strane države, po svojoj pravnoj i proceduralnoj kompleksnosti, operativnoj magnitudi i masovnosti.⁵ Takođe, izbori su administrativni i logistički, ali i finansijski najzahtjevniji poduhvat u doba mira, te moraju osigurati inkluzivnost, transparentnost, bezbjednost i integritet u svim fazama.⁶ Sposobnost države da sprovodi izbore dodatno je osnažena

³ Ibid.

⁴ A. Lijphart, *Patterns of Democracy*, New Haven: Yale University Press, 1999.

⁵ *Managing Elections during the COVID-19 Pandemic Considerations for Decision-makers*, Policy Brief IDEA, 2020.

⁶ Ibid.

poštovanjem ljudskih prava, slobode kretanja, okupljanja, udruživanja i govora.⁷

Pitanje poljuljane demokratije u vrijeme pandemije bilo je i u fokusu više od 500 političkih i civilnih aktivista, Nobelovih laureata i prodemokratskih institucija koji su u otvorenom pismu skrenuli pažnju da je vrijeme za odbranu demokratije, kao i upozorili da je sloboda koja je svojstvena savremenom svijetu ugrožena od strane vlada koje koriste krizu kako bi povećale sopstvenu moć. Ovo pismo, naslovljeno „*Poziv na odbranu demokratije*“, inicirano je od strane *Internacionalnog instituta za demokratiju i izbornu asistenciju*, sa sjedištem u Stokholmu, kao i vašingtonske *Nacionalne zadužbine za demokratiju*.⁸ Cilj pisma je mobilizacija građana, kao i podizanje svijesti o odgovornosti donosioca odluka, a ključna poruka je da su mnoge vlade širom svijeta nametnule restrikcije kojima se ugrožavaju ljudska prava, često zanemarujući pravna ograničenja, mehanizme međusobne kontrole i ravnoteže vlasti, kao i vremenske okvire neophodne za održivost i ustavnost donesenih odluka.⁹

Takođe, Evropska unija prepoznala je izazove koji prijete demokratiji i upravo u godini epidemije COVID 19 aktuelizovala svoju posvećenost ovom pitanju kroz „*Akcionni plan za demokratiju i ljudska prava 2020-2024*“. Prilikom usvajanja plana od strane Evropske komisije, njen potpredsjednik i Visoki predstavnik Evropske unije za spoljnu politiku i bezbjednost Džozef Borel naglasio je: „Krizne situacije, kakva je i ova koju živimo u vrijeme epidemije koronavirusa, predstavljaju poseban izazov upražnjavanju i zaštiti ljudskih prava, a stavljaju i naše demokratije na test. Ovo je prilika za Evropu da se založi za svoje vrijednosti i interese. Potrebna nam je i hrabrost i ambicija da promijenimo

⁷ R. Dahl, *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven: Yale University Press, 1971.

⁸ *A Call to Defend Democracy*, IDEA, 2020.

⁹ *Ibid.*

stvari. Zato predlažemo ovaj ambiciozni plan kako bismo odbranili ljudska prava i demokratiju širom svijeta koristeći sve resurse brže i efikasnije.“

Paralalno sa ovim Evropska unija radi i na „*Evropskom demokratskom akcionom planu*“, inicijativi neligislativnog karaktera u kojoj će biti definisani predlozi suočavanja sa izazovima narušavanja evropskih izbora, ali i medijskih sloboda i pluralizma. Usvajanje ove inicijative koja je već prošla konsultativnu fazu planirano je za posljednji kvartal 2020. godine.¹⁰ U Inicijativi se, između ostalog navodi da je izborni integritet izložen rapidnim i suštinskim promjenama u pogledu izvora informacija, gdje se izborne kampanje osim „od vrata do vrata“, bilbordima i na televiziji sve više odvijaju putem interneta. Izmijenjeno medijsko okruženje pružilo je nove prilike da politički akteri dođu do svojih birača. Ipak, to je takođe doprinijelo i tome da drugi subjekti koji su za to zainteresovani, istim kanalima mogu podrivati proces. Takođe, kao jedan od ciljeva pominje se i povećanje izbornog integriteta i osiguranje da izborni sistemi budu fer i slobodni, kao i da se osigura veća transparentnost u područjima sponzorisanog političkog sadržaja, kao i jasnija pravila o finansiranju evropskih političkih partija u skladu sa Političkim smjernicama.

Savjet Evrope takođe je prepoznao značaj ovog pitanja, te se o istom odredio u obraćanju premijeru Mađarske koja je nakon izbivanja epidemije imala niz kontroverznih odluka, koje su se ticale demokratskih praksi.¹¹ Savjet Evrope je baš povodom ovog pitanja istakao da su sve njegove članice čvrsto opredijeljene da se suoče sa prijetnjama koje epidemija sa sobom nosi, ali da to mora biti urađeno na način da se poštuju

¹⁰ European Democracy Action Plan, dostupno na: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12506-European-Democracy-Action-Plan>

¹¹ Letter of the Secretary General to Prime Minister Orban, Council of Europe, 2020.

fundamentalne vrijednosti ove organizacije: demokratija, vladavina prava i ljudska prava.

Direktorat za ljudsko dostojanstvo, jednakost i vladavinu Savjeta Evrope u svojoj analizi povodom efekata koronavirusa na demokratiju ističe da je u proteklih 20 godina zabilježen kontinuiran pad izlaznosti birača, te da se očekuje da će u narednih 15 godina donosioci odluka biti birani sa manje od 50% elektorata.¹² Ovo tijelo Savjeta Evrope dalje ističe da rapidno širenje virusa je u mnogim zemljama dovelo do otkazivanja ili odlaganja izbora, te da su proglašena vanredna stanja zbog kojih su ograničene sloboda kretanja i okupljanja, kao vitalne za izborni proces. Dalje se konstatuje da ove mjere treba da imaju jasno vremensko ograničenje i da treba da targetiraju širenje zaraze, te izražava zabrinutost da se fundamentalne slobode sve više žrtvuju pod plaštom sigurnosti građana i da će se ovaj trend nastaviti i kada se epidemiološka kriza prevlada.

U analizi, kada su u pitanju izbori, naglašava da donosioci odluka moraju biti veoma oprezni kada odlučuju da li će ih održati ili odložiti uzimajući u obzir konstitucionalne i pravne koordinate. Upozorava se da u slučaju odlaganja, u posebnom fokusu treba da budu „produženi mandati“, dok u slučaju održavanja to sa sobom može da nosi rizik limitiranja izbornih kampanja i izlaznosti birača što u krajnjem dovodi do erozije legitimiteta demokratskih institucija.¹³ Ovaj direktorat dalje navodi da su slobodni i fer izbori kamen temeljac demokratije, te da je uloga Savjeta Evrope da osigura da su međunarodni dokumenti, kao i pojedinačni konstitucionalni okviri pod dužnom pažnjom ove organizacije. U fokusu promijenjenih okolnosti mora biti iznalaženje posebnih metoda administracije izbora koji moraju omogućiti građanima pravo na javnu debatu, kao i da budu informisani o svim

¹² Elections and Covid 19, Directorate of Human Dignity, Equality and Governance, Council of Europe, 2020.

¹³ Ibid.

relevantnim pitanjima. Ovdje se kao jedna od mogućnosti pominje razmatranje *Preporuke Komiteta ministara Savjeta Evrope o e-glasanju* kao alternativnom modelu, što bi podrazumijevalo sve veću digitalizaciju izbornih procesa.¹⁴ Naglašava se da upravo ova preporuka predstavlja odličnu bazu, budući da njene garancije bezbjednosti su potpuno u skladu sa evropskim izbornim standardima.

U konačnom, u analizi se navodi da ovaj trenutak zahtijeva razmatranje na koji način druge forme demokratije, kao što su konsultativna i participatorna mogu kontribuirati reprezentativnoj demokratiji, koja mora ostati baza legitimiteta demokratskih institucija. Zbog svega navedenog, Savjet Evrope mora biti aktivan u nadzoru i podršci iznalaženju metoda i platformi da se glas građana čuje i tokom ovakvih akutnih kriza, te nastaviti da igra ključnu ulogu kao čuvar osnovnih sloboda i ljudskih prava, zadržavajući svoju ulogu najvažnijeg aktera za unapređenje demokratije na Kontinentu.

Novе dileme u sprovođenju izbora

Epidemija koronavirusa postavila je pred organe za sprovođenje izbora, kao i druge aktere koji učestvuju u procesu, osim postojećih, potpuno nove izazove. Ovakve krize najbolje pokazuju koliko su izvjesni demokratski procesi krhki, kao i (ne)spremnost institucija da pokažu fleksibilnost i odgovore potrebama društva. Prisustvo birača na biračkom mjestu, dodirivanje izbornog materijala, kao i javna okupljanja u predizbornom i postizbornom periodu predstavljaju visoke epidemiološke rizike. Ovakvi rizici odnose se kako na pojedinca, ali i društva u cjelini, budući da je nakon održanih izbora u više zemalja došlo do povećanja broja oboljelih. Fizičko prisustvo građana u sistemima gdje ne postoje

¹⁴ Recommendation CM/Rec(2017)5 of the Committee of Ministers to member States on standards for e-voting, Committee of Ministers, Council of Europe, 2017.

alternativne opcije učešća birača predstavljaju za mnoge zemlje ozbiljan problem u organizaciji izbornog procesa. Sa druge strane, one države u kojima postoji opcija elektronskog glasanja, kao i digitalizovan izborni proces, u slučaju njihove apsolutne primjene, rizikuju da naruše participativnu dimenziju izbora, kao jedan od temelja demokratije.

Kada je u pitanju razmatranje pitanja održavanja izbora tokom epidemije, među donosiocima odluka nameće se nekoliko zajedničkih dilema:

- Kako osigurati dovoljnu i kredibilnu participaciju birača koja može garantovati reprezentativnost i i legitimnost učinka demokratskih institucija;
- Kako obezbijediti sigurno okruženje za birače i članove izborne administracije i minimalizovati zdravstvene rizike u svim izbornim radnjama koje zahtijevaju neposredan fizički kontakt (registracija birača, izborna kampanja, glasanje, prebrojavanje, posmatranje izbora itd...);
- Kako izroditi, uprkos nametnutim restrikcijama, transparentan i pouzdan izborni proces koji uživa visok stepen integriteta;
- Kako osigurati da su sve faze i radnje u izbornom procesu inkluzivne i sigurne za manjine, kao i starosne grupe koje su prema navodima Svjetske zdravstvene organizacije najugroženije.¹⁵

Pitanje koje tijelo će biti zaduženo za određivanje da li će se izbori održati ili ne zavise od partikularnih političkih sistema. Ipak, značajnije pitanje od ovog koje se od kada je izbila epidemija najčešće postavlja je da li prioritet treba da ima zdravlje stanovništva ili demokratija. Cilj ovako postavljenog problema je kako organizovati glasanje koje će biti epidemiološki bezbjedno a sa druge strane sačuvati

¹⁵ Managing Elections during the COVID-19 Pandemic Considerations for Decision-makers, Policy Brief IDEA, 2020.

demokratski legitimitet.¹⁶ Prilikom razmatranja da li su ovakvi ciljevi realno izvodljivi, nadležna tijela treba da naprave procjenu da li se zdravstveni rizici organa za sprovođenje izbora, birača i ostalih učesnika u procesu mogu minimalizovati.¹⁷ To podrazumijeva donošenje posebnih mjera kako bi se zaštitilo javno zdravlje, ali i birači uvjerali da su sigurni prilikom ostvarivanja svog prava.

Pojava koronavirusa sa sobom je donijela i izazove koji se tiču hiperprodukcije dezinformacija, a koje su se reflektovale na sve sfere demokratske organizacije, uključujući i izbore. Zbog toga je komunikacija, medijska pismenost i obaviještenost sudionika ključna za njegovanje transparentnosti i očuvanja demokratije. *Međunarodna fondacija za izborne sisteme* u svom istraživanju problem ogromne količine neprovjerenih informacija naziva „infodemijom“ (podsjećajući da je kovanica nastala inicijalno nastala od strane Svjetske zdravstvene organizacije) i identifikuje nekoliko ključnih izazova koja se nameću pred raznim akterima i fazama izbornog procesa u ovom kontekstu.¹⁸

Prvi se tiče integriteta u periodu izborne kampanje, a u istraživanju se zapaža da će partije i kandidati sve više koristiti internet kako bi mobilizovali podršku, te da kao rezultat toga države treba da ulože dodatne napore u monitoringu kampanje na društvenim mrežama. Drugi aspekt tiče se implikacija koje epidemija može imati na izbornu administraciju. Naime, organizacija izbora u promijenjenim okolnostima sa sobom nosi i potrebu da građani odnosno birači usvoje nove informacije. Takođe, budući da će izborna tijela funkcionisati pod pritiskom, kao i u do sada nepoznatim okolnostima, to će

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Preserving Electoral Integrity During an Infodemic, L. Reppell, B. Martin-Rozumilowicz, V. Mohan, IFES COVID-19 Briefing Series: Preserving Electoral Integrity During an Infodemic, International Foundation for Electoral Systems, 2020

sa sobom nositi greške, pa u narativu takve greške mogu medijski vrlo lako biti predstavljene kao izborna prevara. To se u krajnjem može odraziti kako na registraciju birača, tako i na njihovu izlaznost, ali i na sve ostale aspekte organizacije izbora. Treća stavka u istraživanju odnosi se na postizborni period. Naime, dezinformacije o mogućim izbornim prevarama u postizbornom periodu mogu da dovedu u pitanje rezultate izbora, što sa sobom nosi razne implikacije, kao što je između ostalog neopravdana i brzopleta izmjena izbornog zakonodavstva. Četvrta implikacija koja se u istraživanju tretira odnosi se na demokratski integritet i ona je po svom karakteru najopštija. Zapaža se da je epidemija do sada rezultirala „kriminalizacijom problematičnog sadržaja“ na način što je ograničena sloboda izražavanja i štampe, te da su novodoneseni zakoni često primjenjivani selektivno, često pogodujući vladajućim političkim garniturama.¹⁹

Ovo istraživanje iznjedrilo je i preporuke različitim akterima, a posebnu su za temu ovog rada interesantna ona koja se tiču organa za sprovođenje izbora. Izborna administracija treba da se fokusira na proaktivnoj komunikacionoj strategiji koja treba da se suprostavi realizaciji medijskih manipulacija. Osim toga, prilikom ustanovljavanja posebnih epidemioloških mjera koje treba da služe zaštiti birača, organi za sprovođenje izbora treba ove aktivnosti da predstave na najrazličitijim kanalima komunikacije, uključujući i društvene mreže. Takođe, predlaže se intenzivniji rad na predstavljanju biračima svih faza izbornog procesa kroz fokusirane edukativne kampanje. Te edukacije po svojoj prirodi treba da budu inkluzivne, ali i da predstave alternativne modele korišćenja izbornih prava. Neophodno je i uspostavljanje kriznog planiranja, pri čemu u isto treba uključiti i druge zainteresovane strane. U konačnom, sugeriše se da izborni organi povežu svoje komunikacione kanale sa

¹⁹ Ibid.

drugim državnim institucijama i tijelima, kao i da razmotre različite sadržaje koji mogu biti distribuirani preko različitih formata.²⁰

Uticaj epidemije COVID 19 na demokratske procese u državama članicama Evropske unije - Mađarskoj, Poljskoj i Hrvatskoj

Mađarska je jedna od država čije su reakcije povod borbe protiv koronavirusa skrenule pažnju kako javnosti i institucijama Evropske unije, tako i svim subjektima koji se bave pitanjima demokratije i ljudskih prava. Naime, neposredno nakon izbijanja epidemije, mađarski parlament proglasio je vanredno stanje koje podrazumijeva primjenu posebnog pravnog režima.²¹ Dok god je vanredno stanje na snazi, Vlada može vladati dekretima, kao i suspendovati individualna i kolektivna prava iako ove mjere ne smiju biti protivustavne.

Desetak dana nakon ovoga, predložen je a potom i usvojen kontroverzni Zakon o suzbijanju koronavirusa. Po svojoj pravnoj prirodi, mnogi pravni stručnjaci tvrdili su da iako se formalno radi o zakonu, ali da je suštinski u pitanju jedan poseban pravni entitet, imajući u vidu materiju i negativnu legislativnu revoluciju koja je njime ustanovljena.

Članom 1 ovog zakona utvrđena su posebna pravila koja su u vezi sa proglašenim vanrednim stanjem, a koja su donijeta na osnovu člana 53 Osnovnog zakona Mađarske, a sve u cilju prevencije epidemije koja može ugroziti živote, ali i imovinu ljudi i izazvati masovna izbijanja bolesti, kao i eliminacije njenih posljedica i zaštite zdravlja i života građana Mađarske.

²⁰ Ibid.

²¹ Government Decree 40/2020 (11 March) on the declaration of state of danger, dostupno na: http://njt.hu/translated/doc/J2020R0040K_20200311_FIN.pdf

Ovim zakonom data su ovlaštenja Vladi da donosi odluke dekretima dok god je na snazi vanredno stanje. Takođe, njime se suspenduju određeni zakoni, kao i „uvode potrebne posebne mjere“. Propisano je da su dekreti na snazi 15 dana ali da mogu biti produženi sve do okončanja vanrednog stanja. Zakonom je ostavljena mogućnost najvišem zakonodavnom tijelu da povuče svoje odobrenje prije završetka vanrednog stanja, a Vlada obavezuje da Parlament obavještava o svim mjerama koje preduzima kako bi se eliminisalo vanredno stanje.

Zakon o suzbijanju koronavirusa regulisao je i status Ustavnog suda Mađarske, propisujući da će nastaviti da funkcioniše tokom vanrednog stanja, uz davanje mogućnosti da određene proceduralne pretpostavke mogu biti izostavljene, te da sudije ne moraju fizički prisustvovati pretresima.

Kada su u pitanju izbori, Zakonom je utvrđeno da se bilo koji izbori ne mogu raspisati prije okončanja vanrednog stanja a da se oni izbori koji su već zakazani a koji treba da se održe tokom vanrednog stanja, ne mogu sprovođiti. Svi distribuirani materijali moraju biti vraćeni u roku od 15 dana od dana stupanja na snagu Zakona organima za sprovođenje izbora, a nakon toga uništeni. Takođe, propisuje se da se izbori neće raspisivati ni u roku od 15 dana nakon okončanja vanrednog stanja. Kada su u pitanju nacionalni i lokalni referendumi, predviđeno je takođe da se isti ne mogu raspisivati do okončanja vanrednog stanja, a oni koji su već raspisani da se neće održavati. Rokovi koji su se odnosili na referendume, kao i sva vremenska ograničenja za njihovo sprovođenje regulisana drugim zakonima počinju ponovo teći dan nakon okončanja vanrednog stanja.

Ovaj zakon učinio je izmjene i u odnosu na Krivični zakonik Mađarske, uvodeći nove sankcije za kršenje karantina ustanovljenih zbog epidemije COVID 19, kao i za distribuciju lažnih vijesti koje se tiču koronavirusa. U skladu sa amandmanom, osoba koja je okrivljena ili odbija da se

povinuje mjerama ustanovljenim radi sprječavanja širenja zaraze može biti osuđena na zatvorsku kaznu do pet godina. U slučaju da takvo kršenje ima za posljedicu smrt dugog lica, zatvorska kazna se može odrediti i u trajanju do devet godina. Ono što je posebno izazvalo pažnju mađarske, ali i šire evropske javnosti je uvođenje još jedne odredbe koja se smatra posebno problematičnom u odnosu na slobodu izražavanja i poštovanje ljudskih prava uopšte. Naime, propisano je da će osoba koja tokom ovog posebnog pravnog režima pred velikim brojem ljudi, tvrdi ili proširi netačnu činjenicu ili pogrešno interpretira neku tačnu činjenicu kojom se može omesti ili spriječiti efikasnost zaštite od virusa, biti proglašena krivom za djelo za koje će se izreći kazna zatvora od jedne do pet godina.

Iako je ovaj zakon usvojen krajem marta a njegova primjena okončanja ukidanjem vanrednog stanja u junu, tokom njegove primjene mađarska Vlada izdala je preko 100 dekreta, nametnula više такси i oduzela značajna finansijska sredstva od lokalnih samouprava koje su u rukama opozicije. Reakcije na ovaj zakon bile su više nego burne, kako u samoj Mađarskoj, tako i u Evropskoj uniji. To je i razumljivo budući da je ovaj zakon suštinski omogućavao da Vlada donosi dekrete bez vremenskog ograničenja i bez suštinske parlamentarne kontrole.

Amnesty International Mađarske, kao i mađarski Helsinški komitet, ali i Komesar za ljudska prava Savjeta Evrope, samo su neki od onih kojih su se izjasnili da Zakon o sprječavanju koronavirusa nije donesen u skladu sa Ustavom. Posebna briga izražena je mjerama koje je Vlada preduzela a koja bi mogla voditi ugrožavanju demokratskih prava građana Mađarske. Naglašeno je da tako donesen zakon i njegova sadržina omogućavaju nekontrolisano i vremenski neograničeno vanredno stanje koje je podložno da za posljedicu ima ograničenje ljudskih prava, te da ovakvi potezi ne predstavljaju proporcionalan i adekvatan način suočavanja sa epidemiološkom krizom.

Reagovanja povodom donošenja spornog zakona stigla su i iz Evropskog parlamenta, koji je većinom glasova usvojio rezoluciju koja se odnosi i na Poljsku a u kojoj se ističe da akcije vlada ove dvije zemlje „nijesu kompatibilne sa evropskim vrijednostima“. Parlament je pozvao i Komisiju da provjeri da li je došlo do kršenja prava Evropske unije od strane ovih država, ali i urgirali na Savjet da preispita primjenu člana 7 Ugovora o Evropskoj uniji kako bi se razmotrilo suspendovanje prava glasa ovih zemalja.²² U rezoluciji koja je potpisana od strane lidera četiri najveće grupacije u Evropskom parlamentu se navodi da odgovori na krizu izazvani epidemijom COVID 19 moraju biti u skladu sa vladavinom prava, zatim proporcionalni, ali i „jasno vezani“ za epidemiološku krizu, kao i vremenski ograničeni.

Jedan od ilustrativnih primjera fragilnosti demokratije tokom epidemije COVID 19 je i slučaj organizacije predsjedničkih izbora 2020. godine u Poljskoj. Naime, kao i u Mađarskoj, i u ovoj članici Evropske unije epidemija koronavirusa pokazala je ranjivost nominalno demokratskog sistema koji je za posljedicu imao brojne kontroverze u koje su bile involvirane najviše državne institucije.

Nakon izbijanja epidemije i stalnog rasta broja oboljelih, veliki broj ljekara, političkih i civilnih aktivista upozorio je da bi održavanje izbora nosilo ogroman zdravstveni rizik, ali i rizik da bi na izbore izašao jako mali broj građana, što bi se u konačnom reflektovalo na njihov legitimitet. Kao adekvatan konstitutivni odgovor koji bi omogućio odlaganje izbora, opozicija i kritički nastrojena javnost zatražila je proglašenje vanrednog stanja. Poljski legislativni okvir predviđa da u slučaju proglašenja vanrednog stanja, izbori ne mogu biti održavani, kao ni u roku od 90 dana od njegovog okončanja. Budući da nije postojala politička volja da se izbori odlože,

²² European Parliament resolution of 16 January 2020 on ongoing hearings under Article 7(1) of the TEU regarding Poland and Hungary (2020/2513(RSP)), European Parliament, 2020.

umjesto vanrednog stanja proglašeno je „stanje epidemiološke opasnosti“ koje ne podrazumijeva odlaganje ili suspenziju održavanja izbora. Proglašenje ovakvog pravnog režima sa sobom je nosilo i donošenje Akta o posebnim mjerama za sprječavanje širenja COVID-19. Njime su uvedene brojne promjene u Izborni zakonik Poljske a jedna od suštinskih bila je i uvođenje glasanja preko pošte. Ovaj akt nije bio u saglasnosti sa brojnim konstitucionalnim principima koji se tiču izbora: univerzalnosti (nepostojanje dovoljnog vremenskog okvira za pripremu i provjeru biračkog spiska, nepostojanje mogućnosti glasanja van zemlje), jednakosti (sprovođenje izborne kampanje je teško izvodljivo ili nemoguće), kao i tajnosti glasanja (birač bi prema ovom posebnom aktu morao da glasačkom listiću da ispiše svoje identifikacioni broj).²³

Osim neusklađenosti sa osnovnim principima etabliranim u poljskom pravnom okviru, ali i ratifikovanim međunarodnim instrumentima i izbornim standardima, novi akt sa sobom je donio nekoliko organizacionih promjena koji su u krajnjem održavanje izbora učinili nemogućim. Naime, inaugurisano je isključivo glasanje poštom, bez mogućnosti da se glasa na bilo koji drugi način. Zatim, potpuno je marginalizovana uloga Državne izborne komisije, svodeći njenu nadležnost na proglašenje rezultata, dok se cjelokupna organizacija i sprovođenje izbornih procedura povjerila „Pošti Poljske“, koja sa izbornim procesom prethodno nije imala dodirnih tačaka. Obaveza Pošte bila je da distribuirala glasaške listiće sedam dana prije izbora, dok bi glasači mogli da ubace glasačke listiće u posebne kutije samo na dan izbora.²⁴ Prema pomenutom aktu lokalne vlasti su bile zadužene da predaju osjetljivi izborni materijal Pošti, što je rješenje koje je izazvalo

²³ Between Constitutional Tragedy and Political Farce, On the Postponement of the Presidential Elections in Poland, A. Kustra-Rogatka, dostupno na <https://verfassungsblog.de/between-constitutional-tragedy-and-political-farce/>

²⁴ Ibid.

dodatnu zabrinutost, naročito sa aspekta mogućih zloupotreba ličnih podataka građana.

Usvajanje nove legislative, nije bila problematično samo u materijalnom, već i u proceduralnom smislu. Predlog akta odobren je u skraćenoj proceduri, sa sva tri čitanja u odborima u jednom danu. Ovo je značilo da je izborni zakon usvojen bez saslušanja, kao i bez sprovedenih konsultacija sa izbornim ekspertima, civilnim sektorom, izbornom komisijom, ali čak ni predstavnicima Pošte kojima je dat mandat da izbore sprovede. Iako je Zakon tijesnom većinom izglasan u Donjem domu, podršku nije dobio u Senatu, kontrolisanom od strane opozicije. Samo pet dana prije održavanja izbora, dvojica najznačajnijih lidera vladajuće koalicije izdala su zajedničku izjavu u kojoj je saopšteno da se izbori neće održati. Ono što je bio dodatni faktor koji je svjedočio krizi demokratskog izbornog procesa je što neodržavanje izbora nije pravdano ni ustanovljeno formalnom odlukom. Zainteresovana javnost, kao i mnoge NVO ocijenile su ovo kao jedan od ključnih trenutaka erozije vladavine prava u zemlji koja je članica Evropske unije.

Ove kritike, uticale su da se fokus javnosti prebaci na Vrhovni sud Poljske, budući da je nadležnost ove institucije da cijeni zakonitost predsjedničkih izbora. Prema članu 129 Poljskog Ustava Vrhovni sud cijeni konkretan izborni rezultat odnosno u slučaju spora koji od kandidata je pobjednik na izborima.²⁵ Sa druge strane, izbori u Poljskoj nisu održani, te se radi o drugačijoj pravnoj situaciji, koja je pravno neregulisana. Nakon ovoga, presudnu ulogu odigrala je Državna izborna komisija Poljske koja je izdala rezoluciju u kojoj navodi da na predsjedničkim izborima u Poljskoj “nije postojala mogućnost da se glasa za kandidate”. Prema poljskom Izbornom zakoniku u tom slučaju, predsjednik parlamenta će raspisati izbore u roku od 14 dana od kada

²⁵ The Constitution of the Republic of Poland, 1997, dostupno na <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>

Državna izborna komisija utvrdi ovu činjenicu. Saglasno istom aktu, izbori se moraju održati u roku od 60 dana. Rezolucija Državne izborne komisije prema mnogim pravnim stručnjacima bila je samo pokušaj “spasavanja situacije” i konvalidiranja neustavnih odluka vrlo upitnim procedurama tretiranja novonastale situacije analognim pravnim tumačenjem. Ovo nije bio kraj izazovima sprovođenja demokratskih izbora u Poljskoj, budući da je i u naknadno održanim izborima bilo dosta ustavno upitnih i hibridnih rješenja.

ODIHR je u odnosu na akt kojim je bilo regulisano glasanje poštom dao mišljenje u kojem se između ostalog akcentovalo da se ovim aktom krši princip stabilnosti izbornog zakona, imajući u vidu da je isti promijenjen neposredno pred izbore.²⁶ Takođe, ukazano je na neprihvatljivi manjak širokih javnih i političkih konsultacija u vezi usvajanja nove izborne legislative, te skrenuta pažnja da su ustanovljene nove izborne strukture, za koje ne postoje garancije da će moći odgovoriti postavljenim zadacima, imajući u vidu njihov nedostatak iskustva i pripremljenosti.²⁷

U slučaju predsjedničkih izbora u Poljskoj, *IDEA (Institut za demokratiju i izbornu asistenciju)* izdala je više preporuka za poštovanje standarda slobodnih i fer izbora.²⁸ Jedna od najznačajnijih tiče se poštovanja stabilnosti izbornog zakona koji podrazumijeva uzdržavanje od promjena načina glasanja ali i članstva u izbornim komisijama.²⁹ Drugi se tiče potrebe postizanja širokog izbornog konsenzusa o izbornom zakonodavstvu, a treća na mogućnost svih učesnika izbornog

²⁶ Opinion on the draft Act on special rules for conducting the general election of the President of the Republic of Poland ordered in 2020 (Senate Paper No. 99), OSCE-Office for Democratic Institutions and Human Right, 2020.

²⁷ Ibid.

²⁸ N. Kalandadze, Switching to all-postal voting in times of public health crises: Lessons from Poland, IDEA

²⁹ Ibid.

procesa da učestvuju u kampanji.³⁰ Neizostavna je i preporuka koja se odnosi na nezavisnost izborne administracije, bez obzira na konkretan model izborne komisije koji može varirati od zemlje do zemlje. U kontekstu specifičnih okolnosti, date su i preporuke koje se tiču pristupačnosti svim fazama procesa od strane posmatrača, kao i zaštita njihovog i zdravlja ostalih učesnika.

Hrvatska, još je jedna država članica Evropske unije koja je održala izbore za vrijeme epidemije COVID-19. U Hrvatskoj nije došlo ni do odlaganja izbora, niti je društvena situacija prilikom njihove organizacije bila približno tenzična kao što je to slučaj sa Poljskom. Ipak, specifična situacija izazvana koronavirusom reflektovala se i na prvo održavanje izbora pod posebnim okolnostima i u ovoj državi.

Hrvatska izborna komisija (Državno izborno povjerenstvo), kao vrhovno izborno tijelo, u cilju sprječavanja širenja zaraze prilikom sprovođenja izbornog procesa izdala je posebno tehničko uputstvo.³¹ Ovim dokumentom koji je izrađen u saradnji sa hrvatskim nadležnim tijelom koji se bavi zaštitom javnog zdravlja (Institut za javno zdravstvo) uređen je čitav niz mjera a sve u cilju epidemiološke zaštite svih sudionika izbornog procesa. Iako je dokument uglavnom tehničkog karaktera, njime je prvobitno bilo propisano da se biračima kojima je dijagnostifikovana zaraza koronavirusom neće biti omogućeno da glasaju. Ovo je pravdano činjenicom da je svima koji su zaraženi izrečena mjera samoizolacije, što podrazumijeva zabranu ostvarivanja kontakata sa ostalim osobama, uključujući dakle i članove biračkih odbora.

Ovakvo rješenje izazvalo je brojne negativne reakcije, kako ustavnih stručnjaka, tako i nevladinih organizacija koje se bave pitanjima ljudskih prava. Naime, nekoliko profesora Ustavnog prava istaklo je da je uputstvo izdato od strane

³⁰ Ibid.

³¹ Tehnička uputa Državnog izbornog povjerenstva pripremljena u saradnji s hrvatskim Zavodom za javno zdravstvo, Državno izborno povjerenstvo, 2020.

Državnog izbornog povjerenstva neustavno, te da nesrazmjerno ograničava pravo glasa. Ustavni stručnjaci koji su uzeli učešća u javnoj polemici o ovom pitanju istakli su da je u ovoj situaciji došlo “do sukoba” između biračkog prava kao ljudskog prava sa jedne strane, i vrijednosti zaštite javnog zdravlja, te da se u ocjeni mora primijeniti princip proporcionalnosti. Uvažavajući objektivne okolnosti izazvane epidemijom i da je zdravlje građana ugroženo, značilo je da je opravdano ograničiti ovo ljudsko pravo u cilju pomenute zaštite javnog zdravlja. Sa druge strane, takvo ograničenje mora biti srazmjerno, što znači da treba biti ograničeno u najmanjoj mogućoj mjeri, budući da se radi o fundamentalnom ljudskom pravu. Istaknuto je da ne smije biti uništena srž ljudskog prava, što je hrvatsko najviše izborno tijelo i učinilo, budući da je potpuno eliminisana mogućnost bolesnim građanima da glasaju. Pravni stručnjaci su bili stava da epidemija COVID-19 ipak ostavlja mogućnost “pronalaženja razumnih mjera prilagodbe da se ipak omogući konzumacija biračkog prava”. Reagovao je i civilni sektor dalje dovodeći u pitanje opravdanost ovakvih ograničenja. Nadovezujući se na tvrdnje koje su se čule od pravne struke, NVO su posebno potencirale činjenicu da je licima koja se nalaze u samoizolaciji omogućeno da glasaju u svojim domovima. Oni su naglasili da bi zarazu teoretski mogli proširiti i oni koji se nalaze u samoizolaciji, pa se postavlja pitanje da li su u prvom slučaju bezrazložno samo ograničena prava zaraženima.

Nekoliko dana prije izbora hrvatski Ustavni sud u postupku nadzora ustavnosti i zakonitosti pomenutih tehničkih uputstava hrvatske izborne komisije izdao je upozorenje. U ovom aktu Ustavni sud naglašava da u skladu sa Ustavom Hrvatske nije ustavnopravno neprihvatljivo isključiti mogućnost da biračkim mjestima pristupaju neposredno građani kojima je dijagnostifikovana zaraza COVID 19. U upozorenju Ustavni sud navodi: “Građanima kojima je dijagnosticirana zaraza SARS-CoV-2 (COVID 19) ili bilo koja

druga zarazna bolest pripada pravo zahtijevati ostvarivanje biračkog prava, po naravi stvari, prema pravilima o glasovanju izvan biračkog mjesta koja su prilagođena prirodi potencijalne ugroze od zaraze i usklađena sa zahtjevima zdravstvene sigurnosti i zaštite ostalih sudionika u izbornom procesu, kojima Ustav u člancima 58 i 69 jamči zaštitu zdravlja”. Takođe, naglašava se da je izborna komisija u svojim uputstvima o organizaciji izbora, u skladu sa svojim ovlašćenjima, dužna osigurati “pravnu mogućnost ostvarivanja Ustavom i zakonom zajamčenog biračkog prava svim državljanima Republike Hrvatske kojima to pravo pripada, uključujući i onim građanima koji to zatraže a dijagnostificirana im je zaraza SARS-CoV-2...”. U upozorenju Ustavni sud instruirao hrvatsku izbornu komisiju da je dužna bez odlaganja prilagoditi pravila koja se odnose na glasanje van biračkog mjesta vodeći računa o zdravlju svih sudionika izbornog procesa.

Nakon reakcije Ustavnog suda, izborna komisija usvojila je Izmjene i dopune tehničkog uputstva i brisala stav 3 tačke 1 koja je glasila: „Biračima kojima je dijagnosticirana zaraza sa SARS-CoV-2 (COVID-19) neće se moći osigurati glasanje s obzirom da im je izrečena mjera izolacije (čl. 21. Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti), a koja uključuje i zabranu kontakata sa svim drugim osobama, pa samim time i kontakta sa članovima biračkog odbora.“³² Umjesto nje, prema izmijenjenom uputstvu birači kojima je dijagnostifikovana zaraza COVID 19 glasaju uz pomoć druge osobe koja po njihovom ovlašćenju ispunjava glasački listić. Propisano je i da se sve radnje obavljaju ispred ulaznih vrata, te da birač ne smije imati neposredan kontakt sa članovima biračkog odbora niti sa glasačkim listićem. Takođe, u skladu sa Upozorenjem,

³² Izmjene i dopune Tehničke upute Državnog izbornog povjerenstva pripremljena u saradnji s hrvatskim Zavodom za javno zdravstvo, Državno izborno povjerenstvo, 2020.

propisane su i procedure koje se odnose na poštovanje epidemioloških mjera.

Čini se da je na taj način biračima omogućeno da ostvare svoje biračko pravo, uz određena ograničenja, koja su bila proporcionalna i u konačnom, ustavna.

Zaključna razmatranja

Epidemija COVID 19 je u jako kratkom periodu osim zabrinutosti za zdravlje građana u fokus stavila i “zdravlje demokratije”. Posljedice COVID-19 po svom obimu, složenosti i refleksiji ne mogu se mjeriti sa drugim krizama epidemiološkog karaktera koje su do sada pogodile planetu. Osim što je epidemija sa sobom iznjedrila probleme koje se tiču slabosti institucija, jačanja autokratskih tendencija i zabrinjavajućeg kršenja ljudskih prava, istovremeno je skrenuta pažnja kako i demokratski etablirana društva mogu biti ranjiva. Zaštita zdravlja građana legitimna je vrijednost i cilj kojem se treba težiti, ali nalaženje proporcionalnog odgovora kako zaštititi zdravlje a ne ugroziti ustavne i opšteprihvaćene demokratske principe ostaje od presudnog značaja. Ako se pokušava uvidjeti pozitivna strana, to je što epidemija može generisati usvajanje novih vrijednosti, politika i sistema koji bi u suštini značili modernizaciju izvjesnih procedura. U slučaju zaštite biračkog prava, kao osnovnog ljudskog prava, fokus treba biti na inovacijama procedura koje će na siguran način omogućiti njegovu garanciju i ostvarivanje. U zavisnosti od uređenja konkretnog političkog sistema, ova rješenja mogu varirati ali zajednički imenitelj mora biti nedvosmileno poštovanje i osiguranje demokratskih ideala i vrijednosti.

Summary

In a very short period of time, in addition to concerns about the health of citizens, the COVID 19 epidemic also put in focus the "health of democracy". The consequences of COVID-19 in their scope, complexity and reflection cannot be measured with other epidemiological crises that emerged so far. Apart from the fact that the epidemic has brought problems related to the weakness of institutions, the strengthening of autocratic tendencies and worrying violations of human rights, at the same time attention was drawn to vulnerability of democratically established societies. Protecting the health of citizens is a legitimate value and goal to be pursued, but finding a proportionate response how to protect health and at the same time not to jeopardize constitutional and generally accepted democratic principles, remains crucial. If one tries to see the positive side, it is that an epidemic can generate the adoption of new values, policies and systems that would essentially mean the modernization of certain procedures. In the case of the protection of the right to vote, as a basic human right, the focus should be on the innovation of procedures that will safely ensure its guarantee and realization. Depending on the organization of a particular political system, these solutions may vary, but the common denominator must be unequivocal respect and assurance of democratic ideals and values.

Key words: democracy, elections, COVID 19, European Union.

Mr Jovana BOJIĆ¹

UPRAVNO - SUDSKI POSTUPAK U CRNOJ GORI de lege lata i de lege ferenda

Reforma upravnog sistema u Crnoj Gori započela je 2014. godine donošenjem Zakona o upravnom postupku², a nastavila se 2016. godine donošenjem Zakona o upravnom sporu.³

Zakonom o upravnom postupku štite se građanima prava i pravni interesi, a da se pri tome realizuje i ostvarivanje javnog interesa. Zakon o upravnom sporu je izuzetno važan zakon kojim su propisani mehanizmi upravno pravne zaštite građana pred sudom.

Prvi obrisi upravnog spora u Crnoj Gori pronalaze se još u Zakonu o Knjaževskoj vladi i Državnom savjetu iz 1902. godine, zatim u Ustavu za Knjaževinu Crnu Goru iz 1905. godine i Zakonu o uređenju Državnog savjeta iz 1906. godine. U Zakonu iz 1902. godine bile su uređene nadležnosti Državnog savjeta koji je rješavao žalbe na ministarska rješenja, odlučivao o sukobu nadležnosti između sudskih i administrativnih vlasti itd, a odluke Savjeta donijete povodom tih žalbi bile su obavezujuće za ministre.⁴

U periodu između 1921. godine i 1974. godine upravni spor u Crnoj Gori bio je uređen saglasno propisima kojima je

¹ Autorka je saradnica u nastavi na Fakultetu za državne i evropske studije i samostalna savjetnica u Ministarstvu finansija – Direktoratu za imovinsko pravne poslove.

² Zakon o upravnom postupku („Službeni list Crne Gore“, br. 56/14 20/15, 40/16 i 37/17)

³ Zakon o upravnom sporu („Službeni list Crne Gore“, broj 54/16).

⁴ Čedomir Bogićević, Istorija Crnogorskog sudstva, Podgorica – Cetinje, 2009, str. 212-213.

upravni spor bio regulisan u Jugoslaviji. Ustavom SFRJ⁵ iz 1974. godine organizacija sudstva je prepuštena republikama. U pogledu organizacije upravnog sudstva razvila su se tri modela. U Crnoj Gori, Makedoniji, Sloveniji i na Kosovu su se jednostepeni upravni sporovi rješavali red Vrhovnim sudom, a pred Upravnim sudom u Bosni i Hercegovini i u Hrvatskoj.⁶ Zakon o upravnim sporovima iz 1952. godine, 1965. godine i 1977. godine se u Crnoj Gori primjenjivao sve do 1996. godine kada je donijet novi Zakon o upravnim sporovima SRJ⁷ kojim je bilo propisano da se upravni spor može voditi samo protiv konačnog i pojedinačnog upravnog akta.

Zakonom o sudovima⁸ iz 2002. godine uređuje se novi način organizacije, sistema i položaja crnogorskog sudstva. Ovim zakonom je po prvi put osnovan Upravni sud u Crnoj Gori. U pravcu modernizacije upravnog sudstva u Crnoj Gori 2003. godine donijet je Zakon o upravnom sporu koji se sa izmjenama iz 2011. godine, primjenjivao sve do donošenja novog i važećeg Zakona o upravnom sporu iz 2016. godine.

Shvatajući obavezu države da obezbijedi efikasan nadzor javne uprave, i da u ostvarivanju te obaveze nije dovoljan samo Zakon o upravnom postupku, 2016. godine donijet je novi zakonski okvir upravnog spora u Zakonu o upravnom sporu. Oba zakona kojima je uređen novi okvir upravnog postupka i upravnog sudstva u Crnoj Gori primjenjuju se od 1. jula 2017. godine.

Postojeća zakonska i organizaciona forma upravnog sudstva nedovoljna u cilju ostvarivanja efikasnog upravnog sudstva koje garantuje zaštitu prava i pravnih interesa stranaka u postupku i neophodna je reforma u pravcu izmjena

⁵ Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1974. godine.

⁶ Ivan Koprić, Upravno sudstvo na području bivše Jugoslavije, Hrvatska javna uprava, 2006. broj 1, str. 228.

⁷ Zakon o upravnim sporovima ("Službeni list FNRJ", br. 23/52 i 15/53), ("Službeni list SFRJ", broj 16/65), ("Službeni list SFRJ", br. 4/77 i "Službeni list SRJ", broj 27/92), ("Službeni list SRJ", broj 46/96) i ("Službeni list SRJ", broj 46/96).

⁸ Zakon o sudovima ("Službeni list RCG", broj 5/02)

i dopuna postojećeg Zakona o upravnom sporu i potencijalnog uvođenja dvostepenog upravnog sudstva koje će biti u rukama obrazovno specijalizovanih i stručnih upravnih sudija.

Evropski standardi u pogledu formiranja jedinstvenog upravnog prostora

Načelo sudske zaštite osigurava zaštitu prava pojedinaca te preventivno sprječava prekoračenje ovlašćenja izvršne i upravne vlasti na štetu građana. U vezi sa tim, Evropska unija pridaje izuzetnu važnost upravnom sudstvu, jer se velika većina evropskog prava nalazi u nadležnosti upravnih sudova, a posebno značenje daje se zaštiti javnog interesa i zaštiti ljudskih prava.⁹

Evropski standardi u pogledu upravnog postupka i sudstva utvrđeni su u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, Rezolucijom iz 1977. godine o zaštiti pojedinca u odnosu na upravne akte i Poveljom o osnovnim pravima Evropske unije.

U interesu je svake države da se što veći broj slučajeva riješi unutar domaćeg prava u skladu sa svojim odredbama i praksom, a to je moguće ako države članice prihvate evropske standarde prava čovjeka.¹⁰

Tokom posljednjih decenija, Evropska unija razvila je mnoštvo ad hoc administrativnih procedura za direktnu primjenu svojih pravila u više oblasti - kao što su politika konkurencije, trgovinska politika, pomoćne usluge, javne službe EU, što je rezultiralo određenim pravilima koja su uobičajena u zakonima ili podzakonskim aktima. Kako je vremenom došlo do povećanja obima upravnih procedura,

⁹ Ivica Kujundžić, Upravno sudstvo u Hrvatskoj i zemljama Evropske unije, Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktuelna pitanja i problemi, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 7.

¹⁰ B. Britvić Vetma, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 1/2008, str. 129-148.

pitanje pravnog uobličjenja navedenih procedura probudilo je interesovanje kako u akademskim, tako i u institucionalnim krugovima Evropske unije. U ovom pogledu, nakon stupanja na snagu nove zakonske osnove o upravnom pravu koje je uveo Lisabonski ugovor, Evropski parlament je pozvao na usvajanje jedinstvenog evropskog upravnog postupka koji je obavezujući za institucije, tijela i agencije, uključujući primjenjiva proceduralna prava za građane.

Međutim, ono što je važno naglasiti jeste da iako postoje opšti principi na kojima počiva upravno zakonodavstvo Evropske unije, ne postoji autoritativni katalog proceduralnih principa na kojima počiva.¹¹

Pravni okvir upravnog postupka u Evropskoj uniji čine: član 298 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, koji je inovacija Lisabonskog ugovora i predviđa da u sprovođenju njihovih misija sve institucije Unije imaju podršku otvorene, efikasne i nezavisne evropske administracije, zatim član 41. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije kojim je propisano pravo na dobru administraciju i praksa Suda pravde Evropske unije¹² i Evropskog suda za ljudska prava.

Glavni principi na kojima počiva Evropski upravni prostor¹³ su: 1. pouzdanost i predvidljivost koji podrazumijevaju određena načela, a to su: načelo zakonitosti; načelo proporcionalnosti; načelo zabrane retroaktivnosti; načelo jednakosti; načelo pravičnosti; načelo zaštite legitimnih očekivanja; načelo brižljivog vođenja postupka; načelo saslušanja stranke; blagovremenost u postupanju i profesionalizam i profesionalni integritet; 2. otvorenost i transparentnost; 3. odgovornost i 4. efikasnost i djelotvornost.

¹¹ D.Urania Galetta, Herwig C. H. Hofmann, Jean M. Chair, M. Puigpelat, J. Ziller, *The General Principles of EU Administrative Procedural Law*, 2015.

¹² Roberta Panizza, *EU Administrative law*, European parliament, 2015.

¹³ Ivan Koprić, Anamarija Musa, Goranka Lalić Novak, *Evropski upravni prostor*, Zagreb: Institut za javnu upravu, 2012;

Uticaj sudske prakse Suda pravde Evropske unije i Evropskog suda za ljudska prava na upravni spor je od posebnog značaja.

Sud pravde Evropske unije smatra se sudom koji u određenim situacijama preuzima ulogu ustavnih sudova država članica, a u nekim situacijama preuzima ulogu upravnih sudova država članica. Sud pravde svojim odlukama ustanovljava prava i obaveze za države članice i fizička i pravna lica i u njima odluke može donositi i prilikom tumačenja pojedinih odredaba osnivačkih ugovora ili u postupku rješavanja sporova koji mogu nastati između institucija Evropske unije ili između institucija Evropske unije i jedne ili više država članica. U načelu, odluke imaju i karakter precedenta (case law), što znači da i one predstavljaju izvor prava Evropske unije.¹⁴ S obzirom na činjenicu da pravo Evropske unije nema strogo određena pravila za upravni postupak niti za upravno sudovanje bilo za Evropski sud, sudove država članica i sudove država kandidata, Evropski sud pravde je kako bi popunio tu pravnu prazninu.¹⁵ utvrdio opšta pravna načela¹⁶.

Sudski nadzor uprave treba da bude obaveza svake demokratske države koja počiva na vladavini prava.¹⁷ Konkretno, u Evropskoj uniji obaveza preduzimanja sudskog nadzora upravnog djelovanja izvodi se iz presuda Evropskog suda za ljudska prava iz prava Evropske unije, a oba zahtijevaju nadzor nad upravnim djelovanjem.¹⁸

¹⁴ Stevan Lilić, *Evropski sud pravde i upravno pravo Evropske unije*, izvorni naučni članak, UDK: 342.9(4-672EU).

¹⁵ R. Winkler, *Upravno sudovanje u Evropi: Zajednička pravna stečevina u EU*, Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2014, str. 39-40.

¹⁶ P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006.

¹⁷ I. Krstić, T. Marinković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Pravosuđe na temeljima ljudskih prava, Savjet Evrope, Beograd, 2016, str. 29.

¹⁸ Jean-Marie Woehrling, *Javna uprava i upravno sudovanje u zemljama Evropske unije: Kako pomiriti odgovornost izvršne vlasti i sudski nadzor uprave*, Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2014.

Konvencija i praksa Evropskog suda za ljudska prava u osnovi zahtijevaju: uvođenje usmene kontradiktorne javne rasprave - najmanje ako je traži podnosilac upravne tužbe i mogućnost sudske kontrole činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku; mogućnost kontrole presude prvostepenog upravnog suda; osnivanje još jednog, dodatnog stepena upravnih sudova ili neki drugi model kojim će se osigurati dvostepena sudska kontrola u upravnom postupku, a sve u pravcu što efikasnije zaštite prava i pravnih interesa građana i suđenje u razumnom roku.¹⁹

Institucionalno pravni okvir upravnog sudstva u Crnoj Gori

Položaj sudova u Crnoj Gori uređen je Ustavom Crne Gore, a osnovna određenja o sudovima data su i Zakonom o sudovima koji je usvojen u okviru ukupne reforme pravosuđa u Crnoj Gori. Nadležnost upravnog suda regulisana je Zakonom o upravnom postupku i Zakonom o upravnom sporu, dok je organizacija upravnog sudstva u Crnoj Gori regulisana je i Zakonom o državnim službenicima i namještenicima, Zakonom o pripravnicima u sudovima i državnim tužilaštvu i pravosudnom ispitu, Sudskim poslovníkom, Granskim kolektivnim ugovorom za oblast uprave i pravosuđa, Etičkim kodeksom sudija, Etičkim kodeksom državnih službenika i namještenika, Pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji Upravnog suda Crne Gore, Planom rada Upravnog suda i Planom integriteta.

¹⁹ Ivan Koprić, *Evropski standardi i modernizacija upravnog sudovanja*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2014, str. 10.

Analiza pozitivno pravnog okvira upravnog spora u Crnoj Gori

Upravno sudstvo nerijetko se svodi na upravni spor, kao nadzornu djelatnost sudova pri ocjeni da li tijela državne uprave postupaju u skladu s pravnim normama²⁰, premda se ta dva pojma sasvim ne preklapaju.²¹

U upravnom sporu predmet spora su prvostepeni upravni akt protiv koga nije dozvoljena žalba, drugostepeni upravni akt, ćutanje uprave (nedonošenje akta ili nepreduzimanje upravne aktivnosti), odluke Vlade protiv kojih nije dozvoljena žalba, upravni ugovori, akti donijeti po prigovoru. Sudska kontrola uprave je jedan od najznačajnijih mehanizama zaštite prava građana pred upravom. Ova kontrola se ostvaruje pred Upravnim sudom u upravnom sporu, a osim njega može se ostvarivati u postupcima pred sudovima opšte nadležnosti u krivičnim i parničnim postupcima.

Zakon o upravnom sporu je jedan od ključnih zakona za uspostavljanje sistema javne uprave u skladu sa principima Evropske unije. On predstavlja zakonski okvir sudske kontrole funkcionisanja javne uprave u jednom značajnom segmentu, a to je segment autoritarnog odlučivanja o pravima i obavezama pravnih subjekata u upravnim stvarima. Upravnim sporom osigurava se kontrola zakonitosti funkcionisanja javne uprave u tom segmentu, a ujedno se pruža pravnim subjektima sudska zaštita njihovih prava i pravnih interesa.

Kako bi se ostvarilo načelo pravičnog suđenja, neophodno je da suđenje ima sljedeća tri elementa: 1) da se sudi na osnovu zakona; 2) da sudi na osnovu činjenica koje sam utvrdi i 3) da donese presudu u razumnom roku.

²⁰ Horace B. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative Law*, Oceana Publications, New York, London, 1991, str. 10.

²¹ I. Krbek, *O upravnom sporu*, Hrestomatija upravnog prava, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003, str. 229-230.

U važećem Zakonu o upravnom sporu najočigledniji primjeri propusta su: nepropisivanje načela odlučivanja u razumnom roku; zatim nepropisivanje upravnih ugovora, iako se ZUP-om propisuje kao neposredno pravno sredstvo prilikom poništavanja ili jednostranog raskida ugovora, tužba odnosno vođenje upravnog spora; još jedan propust prikazan je u članu 53 ovog zakona, a to je nedorečenost u smislu pravne zaštite ukoliko se zahtjev za ponavljanje postupka odbije i najvažnije nepropisivanje postojanja instituta žalbe na odluke Upravnog suda, odnosno nepostojanje drugostepenog upravnog suda.

Problem na koji se nailazi u sudskoj praksi Upravnog suda je neujednačenost sudske prakse. Naime, postoji određeni broj predmeta za koje se vodi spor pred Upravnim sudom, a koji je u predmetima istog ili sličnog činjeničnog stanja riješio bitno drugačije.²² Na ovaj način dolazi do povrede načela legitimnog očekivanja stranke u postupku, a i do pravnog zbunjivanja organa koji vode upravni postupak.

Analiza pozitivno pravnog okvira upravnog postupka u Crnoj Gori

Crna Gora je 19. decembra 2014. godine donijela novi Zakon o upravnom postupku koji je stupio na snagu 1. jula 2017. godine.

Važećim Zakonom o upravnom postupku proširen je predmet upravnog postupka, pa pored upravnog akta, obuhvata i upravni ugovor i ostale oblike upravnih aktivnosti.²³

Proširivanje predmeta upravnog postupka ima veoma veliki uticaj na rad i organizaciju Upravnog suda. Mora se, posebno, povesti računa o kadrovskim, tehničkim i drugim

²² Presude Upravnog suda: UBR 4592/18 od 17. januara 2020. godine uporediti sa UBR 4344/17 od 16. jula 2018 godine

uslovima za rad Suda. Proširivanje predmeta upravnog postupka za sobom povlači nekoliko direktnih posljedica koje su od izuzetnog značaja za rad Suda, a to su: povećanje broja predmeta, zahtjev za povećanjem broja sudija, ostvarivanje načela zakonitosti, srazmjernosti, blagovremenog odlučivanja, efikasnog i efektivnog spora, specijalizaciju sudija, povećanje broja i specijalizaciju stručnih saradnika i administrativnog kadra, kao i prilagođavanje novonastalim uslovima bez mogućnosti da građani trpe zbog tog prilagođavanja.

Dužnost da postupaju po ovom zakonu imaju: državni organi, organi državne uprave, organi lokalne samouprave i organi lokalne uprave, ustanove i drugi subjekti koji vrše javna ovlašćenja (u daljem tekstu javnopravni organi) kada neposredno primjenjujući propise, odlučuju i preduzimaju druge upravne aktivnosti u upravnim stvarima.²⁴

Propisana je dužnost da po ovom zakonu postupaju i određeni nedržavni subjekti (ustanove i druga pravna lica) kada u upravnim stvarima rješavaju o pravima, obavezama i pravnim interesima fizičkih i pravnih lica neposrednom primjenom propisa, odnosno kada postupaju u drugim upravnim aktivnostima u vršenju javnih ovlašćenja u upravnim stvarima.

Suština je u tome, da cijeli javni sektor koji rješava pitanja stranaka - svojih klijenata ima dužnost postupanja po ovom zakonu čime se garantuje zaštita prava i interesa pravnih subjekata i ograničava moguća arbiternost. postupak.

Široki krug javnopravnih organa koji odlučuju u upravnim stvarima ili vrše druge upravne aktivnosti značajno može uticati na povećanje upravnih sporova u smislu da upravni akti ili upravne aktivnosti koje po redovnim ili vanrednim pravnim sredstvima ocjenjuju viši javnopravni organi koji vrše upravni nadzor nad nižim javnopravnim

²⁴ Zoran Tomić, Đorđije Blažić, Komentar Zakona o upravnom postupku Crne Gore, Podgorica, 2017.

organima ili javnopravni organi višeg stepena nad upravnim aktima ili upravnim aktivnostima javnopravnih organa nižeg stepena, takođe budu predmet ocjene zakonitosti u upravnom sporu.

Analiza zajedničkih determinanti zakonskih rješenja u oblasti upravnog spora i upravnog postupka

Zakon o upravnom postupku i Zakon o upravnom sporu regulišu upravni i upravno - sudski prostor u Crnoj Gori. Zato je veoma važno prikazati koje su tačke povezivanja ova dva zakona, odnosno ova dva postupka.

Najvažnije tačke povezivanja ova dva zakona, odnosno „mostovi“ tih postupaka jesu: 1. predmet postup(a)ka; 2. načela; 3. stranke; 4. utvrđivanje činjenica; 5. upravna sredstva i tužba; 6. mogućnost odlaganja izvršenja; 7. samokontrola tuženog u toku spora; 8. puna sudska jurisdikcija; 9. ponavljanje postup(a)ka; 10. izvršenje upravnih i sudskih odluka; 11. shodna primjena parničnih propisa.²⁵

Analiza uticaja uspostavljanja drugostepenog upravnog sudstva u pravni sistem Crne Gore

Sve do 2014. godine Austrija je bila jedina država Evropske unije koja je zadržala jednostepeno upravno sudstvo, međutim te iste godine i ona se okrenula unaprijeđenju upravnog sudstva i uvela Vrhovni upravni sud kao drugostepeni. Uvođenje drugostepenog upravnog sudstva označava postojanje hijerarhijskog nadzora u okviru upravnog sudstva.²⁶

²⁵ Zoran R. Tomić, Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom, drugo, dopunjeno izdanje, Beograd, 2012, str. 114-120.

²⁶ Više na: Zvanični sajt Vlade Republike Austrije, https://www.usp.gv.at/Portal.Node/usp/public/content/laufender_betrieb/gericht_sorganisation/verwaltungsgerichtsbarkeit/93053.html

U važećem pravnom sistemu Crne Gore ustanovljeno je jednostepeno upravno sudstvo.

Postoje brojni razlozi za uvođenje drugostepenog upravnog sudstva u Crnoj Gori. Polazeći od činjenice da Crna Gora ima status kandidata za članicu Evropske unije i njene obaveze da uskladi nacionalno zakonodavstvo sa zakonodavstvom Evropske unije, onda je veoma jasno zašto je pitanje uređenja i unapređenja upravno - sudskog postupka od izuzetnog značaja.

Ukoliko se prouči upravni sistem svih ovih država, nezavisno da li se radi o članicama Evropske unije ili ostalim državama Evrope, jedno se može utvrditi, a to je kretanje prema zajedničkom modelu upravnog sudstva.

Zajednički model upravnog sudstva uvažava evropske standarde propisane za uređenje ovog pitanja, poštovanje principa Evropskog upravnog prostora, primjenu odredbi iz Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Povelje o osnovnim pravima Evropske unije i poštovanje opštih načela propisanih od strane Evropskog suda pravde i uvažavanje prakse Evropskog suda za ljudska prava.

Zaštita prava i pravnih interesa stranaka u upravno - sudskom postupku je prioritet koji se mora poštovati. Uvođenjem drugostepenog upravnog sudstva formira se dodatni mehanizam zaštite njihovih prava i na zakonu zasnovanih interesa. Na ovaj način će se omogućiti da stranke imaju mogućnost izjavljivanja žalbe na presude prvostepenog upravnog suda. Žalba u sebi sadrži tvrdnju da odluka koja se pobija nije saobrazna zakonu i da je njome na štetu podnosioca žalbe povrijeđen zakon.²⁷ Zapravo, žalba će u slučaju drugostepenog upravnog sudstva biti uporediva sa tužbom u prvostepenom upravnom sudovanju. Žalbom će se pokretati drugostepeni upravni spor.

²⁷ Sreten Ivanović, Novi Zakon o upravnom postupku – komentar sa registrom pojmova, Podgorica, 2015, str. 394.

Jednostepeni upravni spor je prema važećem Zakonu o upravnom sporu uvažio mnoge standarde Evropskog upravnog prava, međutim jednostepena uređenost upravno - sudskog postupka je dokaz da Crna Gora još uvijek zaostaje za Evropom u pogledu upravno - sudske uređenosti.

Proširenje predmeta upravnog spora jedan je od ključnih razloga iz kojeg se treba uvesti drugostepeni upravni sud. Uzimajući u obzir obimnost predmeta upravnog spora, nemoguće je zamisliti da u praksi sudsku kontrolu i zaštitu istog treba prepustiti samo prvostepenom sudu. Obaveza je svake demokratske države koja počiva na vladavini prava da svojim građanima obezbijedi najveći mogući nivo zaštite pred sudovima, te je s toga i njena obaveza da obezbijedi još jednu dodatnu instancu kontrole uprave putem osnivanja drugostepenog Upravnog suda.

Postojećim zakonskim uređenjem upravnog sudstva omogućeno je proširenje predmeta upravnog spora, otvorena je mogućnost da upravni sudovi, po pravilu, samostalno utvrđuju činjenično stanje, sprovode usmenu raspravu, te sami rješavaju upravne stvari u sporovima pune jurisdikcije, čime je osigurana kvalitetnija pravna zaštita stranaka.²⁸ Uvođenjem drugostepenog upravnog sudstva samo se nastavlja putanja kojom je Crna Gora krenula na putu usklađivanja svog upravnog sistema sa upravnim sistemom Evropske unije.

²⁸ Dario Đerđa, Marko Šikić, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Novi informator, Zagreb, 2012, str. 116-117.

Reforma upravno - sudskog postupka u Crnoj Gori

Kada je riječ o reformi upravno - sudskog postupka, mora se istaći da je Crna Gora već započela ovaj proces 2019. godine, formiranjem radne grupe za izradu izmjena i dopuna aktuelnog Zakona o upravnom sporu. Ovo je ujedno i prvi korak u navedenoj reformi. Novim zakonskim rješenjem trebalo bi se propisati postojanje instituta koji se reformom uvodi, a to je žalba protiv presuda prvostepenih upravnih sudova, odnosno pravo na žalbu protiv rješenja tih sudova.

Institut žalbe, odnosno zakonska dopuštenost izjavljivanja žalbe na odluke prvostepenih upravnih sudova od izuzetnog je značaja iz više razloga: zarad ispravljanja mogućih nezakonitosti koje se javljaju u radu prvostepenih upravnih sudova; zaštite prava i pravnih interesa stranaka u postupku; stvaranja jedinstvene upravno - sudske prakse i implementacije evropskih standarda i načela Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u upravno - sudski sistem Crne Gore.

Svaka prvostepena sudska odluka predstavlja rezultat tri komponente: sprovođenja postupka, utvrđivanja činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava. Dakle, iz navedenog proizilazi da svaka od navedenih komponenti može biti pravno valjani osnov za ulaganje žalbe.

Ipak, kod ovakvog stanja stvari mora se povesti računa i o zahtjevu Evropske unije, a to je da upravno - sudski postupak mora biti efikasan. Ukoliko bi se strankama ostavila mogućnost ulaganja žalbe na prvostepene sudske odluke po bilo kom od mogućih osnova, postavlja se pitanje da li bi došlo do zloupotrebe instituta žalbe kao pravnog lijeka i koliko bi bilo moguće ispoštovati zahtjev efikasnosti.

Pred zakonopiscem je veoma težak posao, koji će se sastojati iz propisivanja razloga zbog kojih se može izjaviti žalba na prvostepene sudske odluke. Dakle, treba se naći model kojim će se istovremeno obezbijediti adekvatna pravna

zaštita strankama u postupku i kojim će biti ispoštovana prava stranaka propisana, prvenstveno, Ustavom i Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i sloboda, a koji će pri sprovođenju biti efikasan i neće usporavati rad drugostepenog upravnog suda.

Crna Gora se u ovom pravcu može opredijeliti za jedan od mogućih modela koje imaju evropske države, a koji su se pokazali učinkovitim u praksi.

Pri reformi upravno - sudskog postupka Hrvatska se odlučila za model za koji je mislila da će obezbijediti efikasnost postupka i zaštitu prava stranaka, uvođenjem takozvanog "filtera" kojim se onemogućilo izjavljivanje žalbe na sve odluke Upravnog suda. Međutim, iskustva sa kojima se susrela pri navedenom zakonskom rješenju, nijesu se pokazala kao najbolje rješenje za stranke. Naprotiv, u praksi se pokazalo da je ovo rješenje mnogo više doprinjelo efikasnosti rada Visokog upravnog suda, jer je veoma mali broj predmeta koj mogu stići do njega, dok je strankama u značajnoj mjeri uskraćeno pravo na faktičko korišćenje ovog pravnog lijeka.

Navedeno iskustvo Hrvatske dovodi do zaključka da je njima potrebna nova izmjena upravno - sudskog postupka u pogledu proširivanja obima izjavljivanja žalbe, kako bi se strankama omogućilo korišćenje instituta žalbe u mjeri u kojoj je to zaista potrebno. Crna Gora može da nauči mnogo iz iskustva Republike Hrvatske, te da se pri zakonskom uređenju ovog pitanja opredijeli na uvođenje "filtera" razloga zbog kojih se može izjavljivati žalba kako bi se onemogućilo usporavanje rada upravnog sudstva, međutim mora da bude veoma oprezna da reformom upravno - sudskog postupka ne izgubi iz vida glavni razlog uvođenja drugostepenog upravnog sudstva, a to je zaštita prava i pravnih interesa stranka u postupku.

Cilj reforme upravnog postupka nije puka zakonska propisanost drugostepenog upravno - sudskog postupka kako bi se ispoštovale norme koje zahtijeva Evropska unija, već unaprjeđenje zaštite stranka i vođenja efikasnog upravno - sudskog postupka.

Izazovi razvoja drugostepenog upravnog sudstva u Crnoj Gori

Jedan od najvećih izazova sa kojima bi se Crna Gora mogla susresti pri uspostavljanju drugostepenog upravnog sudstva jeste to što nema dovoljan broj lica koja su stručna za upravno - sudsku materiju u potrebnoj mjeri da bi obavljali funkciju upravnog sudije.

Biti upravni sudija zahtijeva odlično poznavanje funkcionisanja javne uprave i standarda upravnog sudstva. Bez poznavanja navedenog ne može se govoriti o kvalitetnom i efikasnom upravnom sudovanju.

Ukoliko se Crna Gora odluči na ovu vrstu reforme upravnog spora, posebno bi se moralo povesti računa o edukaciji sudija koji bi radili u upravnim sudovima. Ovo pitanje se ne bi trebalo rješavati samo na nivou obuka i usavršavanja sudija, već bi se se to moralo riješiti institucionalno na nivou pravnih fakulteta u Crnoj Gori, uvođenjem postdiplomskih studija čiji bi cilj bilo školovanje i priprema budućih sudija Upravnog suda.

Povećanje broja predmeta pred upravnim sudovima nakon proširenja predmeta upravnog spora i uvođenja drugostepenog Upravnog suda je izazov sa kojim su se suočile mnoge zemlje u okruženju, pa nije isključeno da će ista situacija zadesiti i Crnu Goru. Ovo opterećenje se odnosi na sudije prvostepenih upravnih sudova koji će imati znatno više predmeta od sudija drugostepenog upravnog suda zbog prirode predmeta koje se rješavaju pred navedenim sudom.

Međutim, ono što bi Crna Gora mogla uraditi je da preventivno djeluje pred ovim problemom, učeći iz iskustava iz regiona. Naime, ako bi se upravni postupak vodio efikasno i uz poštovanje načela Zakona o upravnom postupku, onda bi se broj predmeta pred prvostepenim upravnim sudovima smanjio. Upravni postupak je prvi postupak u kojem se rješava o pravima, obavezama i pravnim interesima stranaka u

postupku. Ukoliko bi se prvostepeni i po potrebi drugostepeni upravni postupak vodili pravno valjano, onda bi se izbjeglo povećanje potrebe za sudskom zaštitom građana od akata i djelovanja uprave.

Dakle, ova dva postupka koja su uređena Zakonom o upravnom postupku i Zakonom o upravnom sporu moraju se posmatrati kao djelovi povezane cjeline u kojima kvalitet vođenja upravnog postupka direktno djeluje na kvalitet vođenja upravnosudskog postupka. Upravni spor predstavlja produžetak upravnog postupka.

Iz navedenog se dolazi do zaključka da je Crnoj Gori potrebno ulaganje u školovanje i obučavanje službenika koji sprovode upravni postupak i sudija upravnih sudova. Upravna materija je kompleksna i široka, baš kao i djelokrug poslova i nadležnosti javne uprave, te je odlučivanje u ovoj materiji ozbiljan posao koji zahtijeva određen nivo znanja i iskustva. Ukoliko dođe do zapošljavanja službenika koji vode upravni postupak i imenovanja sudija upravnih sudova koji ne zadovoljavaju obrazovne i iskustvene kriterijume, nužne za vođenje upravnog i upravno - sudskog postupka, izgubiće se smisao reforme oba ova postupka čiji je cilj zaštita prava i pravnih interesa građana.

Zaključak

Zakon o upravnom sporu je jedan od ključnih zakona za uspostavljanje sistema javne uprave u skladu sa principima Evropske unije. On predstavlja zakonski okvir sudske kontrole funkcionisanja javne uprave u jednom od najvažnijih segmenata, to je odlučivanje o pravima i obavezama pravnih subjekata u upravnim stvarima. Upravnim sporom osigurava se kontrola zakonitosti funkcionisanja javne uprave u tom segmentu, a ujedno se pruža pravnim subjektima sudska zaštita njihovih prava i pravnih interesa.

Uvođenje drugostepenog upravnog sudstva označava postojanje hijerarhijskog nadzora u okviru upravnog sudstva.

Značaj i uticaj prvostepenih odluka Upravnog suda je veoma širok. Svojim odlukama on direktno utiče na rad javne uprave. Ovo znači da stav koji Upravni sud zauzme po nekom pitanju, nadalje se mora poštovati od strane organa uprave kao krajnji, te je svaka njihova naredna odluka u skladu sa donijetom odlukom Upravnog suda. Ukoliko se u postojećem upravno - sudskom sistemu ostavi praznina da je odluka prvostepenih sudova krajnja u redovnom upravno - sudskom procesu, stvara se prostor za donošenje nezakonitih odluka koje ne mogu biti kontrolisane od strane više upravno - sudske instance i postoji, više nego velika mogućnost, kršenja osnovnih prava stranaka kako u upravnom, tako i u upravno - sudskom postupku.

Problem koji se može uočiti iz izvještaja o radu Upravnog suda jeste nedovoljan broj sudija, odnosno preopterećenost sudija predmetima.

S obzirom na aktuelnu reformu pravosuđa u Crnoj Gori, čiji je cilj zaštita prava i pravnih interesa stranka i jačanje pravnog okvira i efikasnosti pravosuđa, postojeće brojno stanje sudija i obim predmeta koje zaprima Upravni sud na godišnjem nivou, predstavljaju ozbiljnu prepreku ostvarenju cilja reforme. Dakle, Crna Gora sa važećim upravno - sudskim okvirom ima probleme sa kojima se suočava.

Ovo pitanje nije od značaja samo za unaprjeđenje upravno - sudskog sistema u Crnoj Gori, već i za uvažavanje načela koja su propisana Evropskom konvencijom o ljudskim pravima kojima je predviđeno pravo na pravično suđenje i pravo na suđenje u razumnom roku.

Osim navedenog, u praksi je neophodno voditi računa o načelima koja su propisana u Zakonu o upravnom sporu. Načela predstavljaju osnove zakona, u njima je sadržan smisao kako samog zakona tako i zaštite stranaka u postupku.

Povreda načela predstavlja povredu prava i pravnih interesa stranaka, a u nekim slučajevima i povredu javnog interesa.

Postojeći Zakon o upravnom sporu je uvažio mnoge standarde koji se od Crne Gore zahtijevaju radi pridruživanja zajedničkom Evropskom upravnom prostoru i koji su propisani Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Ovo znači da je naša država kadra i ima kapacitete da stvori upravno sudstvo koje se može uporediti sa najrazvijenijim evropskim državama. Kao dokaz navedenom može poslužiti izvještaj Upravnog suda za 2017. godinu²⁹ iz kojeg se može zaključiti da je sud sa nedovoljnim brojem sudija, suočavanjem sa novim zakonskim propisom, proširivanjem predmeta upravnog spora i povećanjem obima posla, ipak uspio da ostvari dobre rezultate.

Takođe, ukazujem i na Izvještaj o radu Upravnog suda za 2019. godinu³⁰ iz kojeg se nesumnjivo može utvrditi da se prave pomaci na rješavanju problema nedovoljnih kadrovskih kapaciteta, kako sudijskih, tako savjetničkih i službeničkih.

Dakle, put kojim Crna Gora treba da ide u budućnost uređenja upravno - sudskog postupka je nastavak postojeće reforme uz osnivanje drugostepenog upravnog suda, povećanja broja obrazovanih i stručnih upravnih sudija, propisivanje načela suđenja u razumnom roku i donošenje novog Zakona o upravnom sporu. Novi Zakon o upravnom sporu mora biti rezultat istraživanja problema sa kojima su se Evropske zemlje srele prilikom uvođenja drugostepenog upravnog sudstva i traženja načina da se prilikom izrade ovog zakonskog rješenja uočeni problem izbjegnu kako bi se na taj način ostvarilo efikasno upravno sudstvo kojim se štite prava i pravni interesi stranka u postupku. Prilikom izrade novog zakonskog rješenja bilo bi, ne samo poželjno, nego i nužno uključiti profesore upravnog prava koji će nesumnjivo doprinijeti kvalitetnijem uređenju ove oblasti.

²⁹ Izvještaj o radu Upravnog suda za 2017. godinu

³⁰ Izvještaj o radu Upravnog suda za 2019. godinu

Ukoliko se uvaži sve navedeno nema sumnje da će se Crna Gora pridružiti evropskim državama koje su se opredijelile za modernizaciju okvira upravnog sudstva i da će poslužiti kao pozitivan primjer državama koje su u procesu reforme ovog pitanja.

Summary

The subject of this paper are the problems and possible solutions regarding the improvement of the administrative and judicial framework in Montenegro.

The paper aims to point out that the existing legal and organizational form of administrative justice is insufficient in order to achieve an efficient administrative judiciary that guarantees the protection of the rights and legal interests of the parties as well as that reform is needed to amend the existing Law on Administrative Disputes and potential introduction of a two-tier administrative judiciary which will be in the hands of educationally specialized and professional administrative judges.

The scientific research conducted during the writing of this paper led to the conclusion that the introduction of a two-tier administrative judiciary in the administrative-judicial system increases the degree of protection of the rights and legal interests of the parties in the procedure.



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

PRILOZI

Prof. dr Djordije BLAŽIĆ¹

POZITIVNO-PRAVNI OKVIR IZBORNOG (BIRAČKOG) PRAVA

Ovaj rada bavi se pozitivno pravnim aspektima izbornog (biračkog) prava u pravnom sistemu Crne Gore, sa posebnim osvrtom na neka otvorena pitanja izbornog sistema ne samo u odnosu na izborni zakon veće i niz drugih akcesornih zakona koji utiču na izborni sistem, posebno u odnosu na zakone kojima se uređuju cenzusi za sticanje biračkog prava - birački spiskovi, državljanstva, prebivalista, redovno finansiranje političkih partija, prava manjinskih naroda i nacionalnih zajednica itd. To su uglavnom pitanja uređena posebnim zakonima koja su sporna sa ustavno pravnog aspekta koja čak dovode u pitanje legitimnost predstavničkih tijela Crne Gore ali i loklanih zajednica, osim Predsjednika Crne Gore, a samim tim i legitimnost svih državnih institucija koja proizilaze iz nelegitimnog predstavničkog tijela Skupštine Crne Gore.

Pravni okvir

Pozitivno-pravni okvir izbornog zakonodavstva čini relativno širok krug pravnih akata različitog hijerarhijskog nivoa. Tu je prije svega ustavno-pravi i zakonodavno-pravni ali i podzakonski okvir.

Ustavno-pravni okvir izbornog zakonodavstva čine relevantne odredbe Ustava Crne Gore iz 2007. godine, sa Ustavnim amandmanima iz 2013. godine.

¹ Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sjedištem u Kosovskoj Mitrovici, Dekan fakulteta za državne i evropske studije u Podgorici.

Zakonodavno-pravni okvir čine zakoni koji neposredno uređuju izborni sistem za izbor poslanika i odbornika, izbor Predsjednika Crne Gore, kao i zakoni koji uređuju pojedina pitanja izbornog sistema, odnosno pitanja koja su vezana za izborni sistem (državljanstvo, punoljetstvo, poslovna nesposobnost, prebivalište, birački spisak, lična karta, finansiranje političkih partija i izbornih kampanja, antikorupcija itd.).

U prvu grupu zakona spadaju:

- Zakon o biračkim spiskovima;
- Zakon o finansiranju političkih subjekata i izbornih kampanja;
- Zakon o izboru odbornika i poslanika;
- Zakon o izboru predsjednika Crne Gore;
- Zakon o manjinskim pravima i slobodama.

Takođe, pojedina pitanja vezana za izborni sistem uređena su i u pogledu njegove zaštite u obliku, krivično-pravne, prekršajno-pravne, „upravno-pravne“, ustavno-pravne zaštite (ocjena ustavnosti izbornih zakona i izborna žalba), zaštite Ombudsmana ali i kontrole u oblasti finansijske revizije i antikorupcije.

U drugu grupu zakona spadaju:

- Krivični zakonik;
- Zakon o državljanstvu;
- Zakon o ličnoj karti;
- Zakon o lokalnoj samoupravi;
- Zakon o matičnim registrima;
- Zakon o prebivalištu;
- Zakon o prekršajima;
- Zakon o sprječavanju korupcije;
- Zakon o Ustavnom sudu
- Zakon o zaštitniku ljudskih prava i sloboda;

Treću grupu propisa čine širok krug podzakonskih akata Izborne komisije, od uputstava, pravila, instrukcija, Etičkog

kodeksa, kako za predsjedničke tako i za parlamentarne i lokalne izbore.²

Ustavno-pravni okvir izbornog (biračkog) prava

Ustavno-pravne aspekte biračkog prava uređuje, što neposredno, što posredno, više odredbi Ustava. U cilju racionalizacije materijala u nastavku je dat pregled značajnijih odredbi Ustava Crne Gore, koje predstavljaju neposredan okvir izbornog zakonodavstva ali i ustavne norme, koje direktno uređuju pojedine segmente izbornog sistema, kao što su suverenost građana, supremacija međunarodnog nad unutrašnjim pravom, jednakost pred zakonom, ograničenje prava, manjinska prava, biračko pravo, struktura Skupštine Crne Gore, jemčenje prava na lokalnu samoupravu itd.

Ustavni osnov državnosti Crne Gore, uređen je kroz normu, koja propisuje da je Crna Gora nezavisna i suverena država, republikanskog oblika vladavine i da je Crna Gora građanska, demokratska, ekološka i država socijalne pravde, zasnovana na vladavini prava (član 1 stav 2).

Neposredni ustavni osnov u našem sistemu, koji je usko vezan za izborni sistem, jasno je uređen kroz normu „Nosilac

² <http://dik.co.me/akti-komisije/pravilnici>

Uputstvo o sadržini i obliku obrasca za podnošenje predloga kandidata za Predsjednika Crne Gore i obrasca za davanje potpisa birača za podršku kandidatu za Predsjednika Crne Gore; Uputstvo o postupku davanja potpisa birača za podršku kandidatu za Predsjednika Crne Gore; Uputstvo o načinu utvrđivanja kandidature za izbor Predsjednika Crne Gore, sadržaju i načinu isticanja liste kandidata; Pravila o određivanju i uređenju biračkih mjesta i o mjerama kojima se obezbjeđuje tajnost glasanja, Pravila o radu biračkih odbora; Pravila o glasanju putem pisma, Uputstvo o načinu rukovanja i dostavljanja izbornog materijala, Etički kodeks organa za sprovođenje izbora itd.

Uputstvo o sadržini i obliku obrazaca u postupku predlaganja kandidata za izbor odbornika i poslanika, Uputstvo o postupku davanja potpisa birača za podršku izbornoj listi za izbor odbornika – poslanika, Uputstvo o načinu proglašenja izbornih lista, sadržaju, obliku i načinu isticanja zbirne izborne liste, Pravila o određivanju i uređenju biračkih mjesta i o mjerama kojima se obezbjeđuje tajnost glasanja, Pravila o radu biračkih odbora, Pravila o glasanju putem pisma, Uputstvo o načinu rukovanja i dostavljanja izbornog materijala, Uputstvo o načinu čuvanja i korišćenja izbornog materijala itd.

suverenosti je građanin koji ima crnogorsko državljanstvo. Građanin vlast ostvaruje neposredno i preko slobodno izabranih predstavnika. Ne može se uspostaviti niti priznati vlast koja ne proističe iz slobodno izražene volje građana na demokratskim izborima, u skladu sa zakonom“ (član 2)

Jemčenjem prava je, takođe, tekovina novog Ustava Crne Gore garantovana kroz normu da Crna Gora jemči i štiti prava i slobode. „Prava i slobode su nepovredivi. Svako je obavezan da poštuje prava i slobode drugih“ (član 6).

Zabrana diskriminacije je, takođe, garantovana kroz odredbu „Zabranjena je svaka neposredna ili posredna diskriminacija, po bilo kom osnovu“ (član 8 stav 1).

Ustavni princip supremacije međunarodnog nad unutrašnjim pravom jasno opredjeljuje hijerarhiju pravnih akata u primjeni prava na način da potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšte prihvaćena pravila međunarodnog prava predstavljaju sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primjenjuju kada odnose uređuju drugačije od unutrašnjeg zakonodavstva (član 9).

Obaveznost pridržavanja ustava i zakona i afirmacija principa vladavine prava je, takođe, učvršćenija kroz normu da je “svako” obavezan da se pridržava Ustava i zakona (član 10 stav 2).

Posebno se jemči pravo na lokalnu samoupravu (član 22), a samim tim i autonomija lokalne samouprave u kadrovskoj sferi u svim lokalnim organima, javnim službama i drugim oblicima lokalne samouprave.

Direktne odredbe koje se tiču izbornog sistema, takođe, su uređene kroz ustavne norme. U prvom redu, izborno (biračko pravo) kroz pravo da bira i da bude biran ima državljanin Crne Gore, koji je navršio 18 godina života i ima najmanje dvije godine prebivališta u Crnoj Gori. Biračko pravo se ostvaruje na izborima. Biračko pravo je opšte i jednako. Izbori su slobodni i neposredni, a glasanje je tajno (član 45).

Posebne odredbe ustava se odnose na pripadnike manjinskih naroda i nacionalnih zajednica gdje Ustav jasno propisuje da pripadnicima manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica, jemči se pravo i sloboda, koju mogu koristiti pojedinačno i u zajednici sa drugima, kao i garantovanje autentične zastupljenosti u Skupštini Crne Gore i skupštinama jedinica lokalne samouprave u kojima čine značajan dio stanovništva, shodno principu afirmativne akcije (član 79 stav 1 tačka 9). Način izbora i broj poslanika u Skupštini Crne Gore je jasno uređen kroz normu da Skupštinu Crne Gore čine poslanici koji se biraju neposredno, na osnovu opšteg i jednakog biračkog prava i tajnim glasanjem. Skupština ima 81 poslanika (član 83).

Način odlučivanja, slobodni mandat i status poslanika uređeni su kroz normu da se poslanik opredjeljuje i glasa po sopstvenom uvjerenju. Poslanik ima pravo da poslaničku funkciju obavlja profesionalno (član 85).

Takođe, *explicite* se uređuje i način izbora i uslovi za izbor Predsjednika Crne Gore. Predsjednik Crne Gore, bira se na osnovu opšteg i jednakog biračkog prava, neposrednim i tajnim glasanjem. Za predsjednika Crne Gore, može biti biran crnogorski državljanin koji ima prebivalište u Crnoj Gori najmanje 10 godina u posljednjih 15 godina. Izbor za predsjednika Crne Gore raspisuje predsjednik Skupštine. (član 96).

Pravo na lokalnu samoupravu, način odlučivanja u lokalnoj samoupravi, status i organi opštine, njena samostalnost i način kontrole, takođe, su uređeni Ustavom. U tom smislu, Ustav propisuje da se u lokalnoj samoupravi odlučuje neposredno i preko slobodno izabраниh predstavnika. Pravo na lokalnu samoupravu obuhvata pravo građana i organa lokalne samouprave da uređuju i upravljaju određenim javnim i drugim poslovima, na osnovu sopstvene odgovornosti i u interesu lokalnog stanovništva (član 113).

Opština ima svojstvo pravnog lica. Opština donosi statut i opšte akte. Organi opštine su skupština i predsjednik (član 115).

Opština je samostalna u vršenju svojih nadležnosti. Vlada može raspustiti skupštinu opštine, odnosno razriješiti predsjednika opštine samo ako skupština opštine, odnosno predsjednik opštine, u vremenu dužem od šest mjeseci, ne vrše svoje nadležnosti (član 117).

Ustavni okvir izbornog sistema predstavljaju i odredbe koje se odnose na načelo saglasnosti pravnih akata i pravna sredstva u izbornim sporovima. U tom smislu Ustav uređuje da zakon mora biti saglasan sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima, a drugi propis mora biti saglasan sa Ustavom i zakonom (član 145), kao i da Ustavni sud odlučuje o: saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima; saglasnosti drugih propisa i opštih akata sa Ustavom i zakonom; izbornim sporovima i sporovima u vezi sa referendumom koji nijesu u nadležnosti drugih sudova (član 149 stav 1,2,7).

Analizom već pomenutog ustavno-pravnog okvira odredbi Ustava Crne Gore i spornih odredbi navedenih zakona, može se zaključiti da biračko pravo, pored uslova za njegovo ostvarivanje, obuhvata i njegov karakter, organe, vrijeme, način i postupak njegovog ostvarivanja i zaštite. Pri tome, takođe, se može zapaziti da biračko pravo nije pravo za čije je ostvarivanje dovoljno ispunjenje tri ustavna cenzusa, već je ono neustavno prošireno drugim cenzusima i ograničeno Zakonom o izboru odbornika i poslanika i Zakonom o biračkim spiskovima, a i različiti cenzusi su utvrđeni za pasivno biračko pravo Predsjednika Crne Gore, pri čemu se i on bira na osnovu opšteg i jednakog biračkog prava, neposrednim i tajnim glasanjem uz cenzuse da je: crnogorski državljanin, koji ima prebivalište u Crnoj Gori najmanje 10 godina u posljednjih 15 godina (član 96).

Zaključno posmatrano ustavne odredbe o izbornim cenzusima za sticanje biračkog prava su imperativne, a ne dispozitivne – ovlašćujuće norme. Karakter imperativnosti ustavne norme znači da je ustavotvorac uredio sve potrebne uslove biračkog prava i na kraju takve pravne norme stavio “tačku”. “Tačka” u pravnom smislu znači da data norma nema elementa dispozitivnosti i ovlašćenja zakonodavcu da zakonom može proširivati ili sužavati krug uslova utvrđenih Ustavom. U nomotehničkom smislu ovlašćujuća ustavna norma o biračkom pravu, postojala bi kada bi zakonodavac Ustavom propisao jedan dio uslova za sticanje biračkog prava (punoljetstvo, državljanstvo, boravišni cenzus), a zatim bi u nastavku te norme propisao “i druge uslove propisane zakonom”. Na ovaj način ustavna norma bi imala jednim dijelom imperativni i drugim dijelom norme dispozitivni ovlašćujući karakter, a ne samo imperativni. Sam pravni karakter postojeće ustavne norme iz člana 45 Ustava je isključivo imperativan i ne dozvoljava njeno zakonsko proširivanje ili sužavanje.

Na kraju, interesantno je napomenuti kako je Ekspertski tekst Ustava Crne Gore iz 2006. godine, mnogo temeljnije, uređivao biračko pravo: “Biračko pravo ima punoljetni državljanin Crne Gore koji na njenoj teritoriji ima prebivalište najmanje dvije godine u neprekidnom trajanju neposredno prije izbora. Državljanin Crne Gore koji ima biračko pravo ima pravo da bira i bude biran u Skupštinu Crne Gore, skupštine jedinica lokalne samouprave i u druga predstavnička tijela građana. Pravo glasa je opšte, jednako i koristi se neposredno. Glasanje je tajno. Pravo glasa ima sudsku zaštitu. Pravo glasa nema državljanin koji je lišen poslovne sposobnosti” (član 56).

Otvorena pitanja izbornog sistema

Polazeći od ustavno-pravnog koncepta, oblika državnog uređenja, oblika vladavine, organizacije vlasti, a posebno od

jemčenja prava na lokalnu samoupravu i njenu ustavnu autonomiju, otvara se, kao pitanje jasnog razgraničenja izbora za državne organe od izbora za organe jedinica lokalne samouprave. Ovo naročito ako se ima u vidu ustavna pozicija lokalne samouprave, potpuno različite nadležnosti Skupštine Crne Gore i skupština jedinica lokalne samouprave. U tom kontekstu, zajedničko obilježje svih izbora su nesumnjivo orginerna suverenost vlasti građana, opšti, jednaki, slobodni, tajni i neposredni izbori Predsjednika Crne Gore, ali i odbornika i poslanika. Iz ovog ustavnog konteksta jasno je da model izbornog sistema mora omogućiti neposrednost izbora predstavničkih organa, kao što je to obezbijedeno kod izbora Predsjednika CG (tzv. „otvorene liste“), bez obzira koji model izbornog sistema će se koristiti. Pri tome cjelishodnost se odnosi na izbor modela izbornog sistema ali isti ne može, kao sada, ugrožavati suvereno pravo građana na neposredan izbor.

Ovo je naročito važno i sa aspekta nužne promjene i usaglašavanja izbornog sistema za Evropski parlament nakon ulaska Crne Gore u Evropsku uniju, kao i poštovanja međunarodno-pravnih akata, koje je Crna Gora ratifikovala, a koji propisuju obavezu neposrednih izbora.

O pitanjima cjelishodnosti izbornog sistema, odnosno međunarodnim standardima, kao političkim aktima, neće se detaljnije baviti u ovoj analizi budući da je članovima Odbora, već dostavljen obiman materijal, u kojem se detaljno nalaze stavovi i preporuke međunarodnih organizacija.

U tom kontekstu otvara se nekoliko pitanja:

- 1) (Ne)ustavnost izbornog (biračkog) prava;
- 2) Razdvajanje izbornih sistema sa aspekta nivoa formiranja predstavničkih organa vlasti (državni - lokalni);
- 3) Pravni status izbornih „organa“ i njihovi međusobni odnosi;
- 4) Izborni postupak i zaštita izbornog prava;

- 5) Pravni status i finansiranje političkih partija;
- 6) Nadzor nad primjenom biračkih spiskova i drugih javnih evidencija;
- 7) Neusklađenost pojedinih zakona koji utiču na pojedine segmente izbornog sistema sa Zakonom o upravnom postupku;
- 8) Usklađivanje izbornog sistema sa izbornim sistemom EU.

(Ne) ustavnosti izbornog (biračkog) prava

Analiza izbornog zakonodavstva ukazuje da ima više instituta izbornog sistema koji dovode u pitanje njihovu ustavnost i njihovu deharmonizaciju sa drugim zakonima kojima se uređuju pojedina pitanja, koja se odnose na biračko pravo, biračke spiskove, manjinska prava, izborne organe, nadzorna ovlašćenja između izbornih organa itd. Rezimirajući zakonodavnu materiju iz ove oblasti, analiza će ukazati na ključna sporna pitanja ustavnosti i legaliteta pojedinih instituta, a u nastavku je dat osvrt na njihova obrazloženja.

a) Sistemsko-pravni okvir (ne)ustavnosti izbornog (biračkog) prava

Kao što je napomenuto, pozitivno-pravni aspekt biračkog prava obuhvata ustavne, zakonske i podzakonske pravne norme, kojima se neposredno uređuje izborno (biračko) pravo, u materijalno-pravnom i u procesno-pravnom smislu, kao sistem u kojem se ostvaruje pravo građana, kojim oni svoj ustavni izborni suverenitet nosioca vlasti, putem neposrednih izbora svojih predstavnika prenose najvišim državnim organima (Predsjednik Crne Gore, Skupština Crne Gore, Skupštine jedinica lokalne samouprave), ali indirektno i posredno biranje drugih državnih i lokalnih organa vlasti (Vlade, organa državne uprave, pravosudnih i drugih organa

državne ali i lokalne vlasti - predsjednike opština i gradonačelnike itd).

Biračko pravo je jedno od osnovnih političkih prava građana garantovano naprijed iznešenim međunarodno-pravnim aktima, a posebno Ustavom Crne Gore, koji uspostavlja liberalno demokratski koncept biračkog prava, kao prava, a ne kao dužnosti građana u konstituisanju predstavničkih tijela države i lokalne samouprave. U tom kontekstu teorija država i ljudskih prava je odavno jasno definisala biračko pravo, kao pravo građana da konstituišu najviše organe državne, regionalne i lokalne vlasti u prvom redu predstavnička tijela preko kojih građani (birači) ostvaruju svoju funkciju nosilaca suvereniteta vlasti u smislu citiranih ratifikovanih međunarodno-pravnih akata, a posebno člana 2, člana 45 i člana 83 Ustava Crne Gore, kojim je jasno propisano da se biračko pravo ostvaruje na izborima, da je opšte i jednako, da izbori su slobodni i neposredni, a glasanje je tajno, kao i da se ne može uspostaviti niti priznati vlast koja ne proističe iz slobodno (neposredno) izražene volje građana na demokratskim izborima, u skladu sa zakonom.

Međutim, ustavno-pravni koncept biračkog prava, temeljno je narušen osporenim odredbama Zakona o izboru odbornika i poslanika i Zakona o biračkim spiskovima:

- 1) Proširivanje ustavnog cenzusa za biračko pravo i to "poslovnu sposobnost" (član 11 stav 1), koje nije sporno ali ga je ustavotvorac zaboravio;
- 2) Dodatno proširivanje tj. ograničavanje biračkog prava upisom u birački spisak uspostavlja se "uslov" njegovog ostvarivanja, što dodatno diskriminiše i ograničava pravo birača (član 2 stav 3 Zakona o biračkim spiskovima), pri čemu je iz samog zakona jasno da je riječ samo o "tehničkom" zakonu kojim se uspostavlja evidencija birača radi lakšeg sprovođenja postupka izbora;

- 3) Uvodi dodatni cenzus za lokalne izbore - prebivalište u opštini, odnosno gradskoj opštini, kao izbornoj jedinici, najmanje šest mjeseci prije dana održavanja izbora (član 11 stav 2);
- 4) Proširuje i uslovljava ostvarivanje biračkog prava glasanjem “elektronskom identifikacijom”;
- 5) Ukidanje pasivnog biračkog prava građaninu, kao prava da se kao pojedinac kandiduje za predstavnička tijela;
- 6) Ukidanje Savjetima nacionalnih manjina i manjinskih zajednica da imaju svoje liste kandidata;
- 7) Uskraćivanje ustavnog prava građana da “NEPOSREDNO“ biraju odbornike i poslanike, a ne da biraju “liste” političkih partija i građanske “liste”;
- 8) Uskraćivanje ustavnog jemčenja prava na lokalnu samoupravu propisivanjem instancionog nadzora Državne izborne komisije nad pojedinačnim aktima Opštinske izborne komisije kod lokalnih izbora;
- 9) Zadiranje Državne izborne komisije u vršenju kadrovske autonomije lokalne samouprave;
- 10) Propisivanje izbornih organa kao političkih organa;
- 11) Propisivanje statusa Državne izborna komisije sa svojstvom pravnog lica;
- 12) Propisivanje nadležnosti izbornih organa lokalne samouprave (Opštinska izborna komisija, birački odbori) za vođenje izbornog postupka i odlučivanje za parlamentarne i izbore Predsjednika Crne Gore;
- 13) Uvođenje D*Hontovog metoda prelivanja glasova drugim strankama koje nijesu osvojile glasove?
- 14) Finansiranje političkih partija;
- 15) Nadzor nad biračkim spiskovima.

Zakonodavno-pravni aspekt izbornog (biračkog) prava

a) Pravna nauka i nomotehnika

Pravna nauka je odavno definisala ključne propise i njihovu hijerarhiju, a pravna nomotehnika je uredila i način pisanja propisa, uključujući i zakone. Pri tome osnovno nomotehničko pravilo u pisanju pravnih propisa (Ustava, zakona, uredbi, statuta, pravilnika i drugih opštih akata) je da sadržina (materijalni aspekt zakona) odražava i njegov naziv. U tom smislu, svaki naziv zakona treba da je odraz njegove sadržine što očigledno nije slučaj sa Zakonom o izboru odbornika i poslanika, jer isti ne uređuje izbor odbornika i poslanika od strane birača, kao nosilaca suvereniteta, budući da je koncept ovog zakona izbor "lista" političkih partija i eventualno građanskih "lista", a ne odbornika i poslanika. U tom smislu polazeći od sadržine zakona, Crne Gora ima "Zakon o izboru partijskih i građanskih lista", a ne Zakon o izboru odbornika i poslanika, jer ih građani ne biraju u skladu sa navedenim ustavnim određenjem biračkog prava, kao neposrednog izbora odbornika i poslanika. Pri tome, uzimajući u obzir okolnost da predmetni zakon sadrži obilje neustavnih normi, da je osnovni tekst donijet 1998. godine i okolnost da je do sada 14 puta mijenjan i dopunjavan, svakako zahtijeva da se donese potpuno novi izborni zakon a ne njegove izmjene i dopune.

b) Zakonodavno pravni aspekt (ne)ustavnosti biračkog prava (*posredno, djeljivo, nejednako, diskriminatorsko*)

Pored ustavno-pravnog uređivanja biračkog prava, Zakon uređuje uslove, sadržinu, način i postupak ostvarivanja i zaštitu biračkog prava. Za razliku od pomenute odredbe Ustava RCG, koja uređuje biračko pravo, biračko pravo u Zakonu o izboru odbornika i poslanika je šire određeno.

U takvom pravnom kontekstu biračko pravo, odnosno “izborno pravo”, ima širi smisao od biračkog prava. Izborno pravo obuhvata pored aktivnog i pasivnog biračkog prava i druga izborna prava. U tom kontekstu izborno pravo, pored aktivnog i pasivnog biračkog prava, u smislu Zakona o izboru odbornika i poslanika, obuhvata prava birača; da kandidatima javno postavljaju pitanja; da budu pravovremeno, istinito, potpuno i objektivno informisani o programima i aktivnostima podnosilaca izbornih lista i o kandidatima sa tih lista, kao i da raspolazu drugim pravima koja su predviđena zakonom van okvira samo aktivnog i pasivnog biračkog prava (član 10).

c) Proširivanje ustavnih cenzusa biračkog prava

Kao što je naprijed naglašeno, Ustav imperativnom normom određuje tri cenzusa biračkog prava: punoljetstvo, prebivalište i državljanstvo, ne dozvoljavajući zakonodavcu dispoziciju da krug ustavnih uslova proširuje ili skraćuje zakonom. Međutim zakonodavac je proširio krug cenzusa za sticanje biračkog prava i na poslovnu sposobnost, upis u birački spisak, dupli boravišni census i elektronsku identifikaciju birača.

d) Poslovna sposobnost birača

Prvo proširenje ustavnog cenzusa za sticanje biračkog prava je propisivanje dodatnog zakonskog uslova “poslovnu sposobnost” (član 11 stav 1 ZIOP-a), koju je ustavotvorac „zaboravio” da uvrsti u ustavnu normu, tako da se ni ovaj uslov ne može dodatno propisivati zakonom, jer član 45 Ustava Crne Gore je imperativna norma, koja ne dozvoljava zakonodavcu proširivanje uslova za sticanje biračkog prava.

e) Upis u birački spisak

Zakon o biračkim spiskovima (član 2 stav 3), takođe, uslovljava ostvarivanje biračkog prava upisom u birački spisak, što predstavlja dodatni uslov za sticanje biračkog prava, suprotno članu 45 Ustava Crne Gore. U konkretnoj pravnoj situaciji - faktični i pravno to znači da birač može da ispunjava sve ustavne uslove, sve dodatne pomenute uslove iz Ustava CG i ZIOP, ali biračko pravo ne može ostvariti ako nije upisan. Pri tom ovaj je procesni zakon koji uređuje postupak upisa, promjena biračkog spiska, evidenciju birača, a njime se ne mogu utvrđivati dodatni uslovi za sticanje biračkog prava, pri čemu je riječ o zakonu koji ima samo funkciju evidencije birača radi lakšeg sprovođenja izbora. Međutim, upis u birački spisak ne može biti uslov za glasanje, jer se identitet birača na biračkom mjestu dokazuje svim vrstama javnih isprava, koje posjeduju lične podatke birača uključujući i fotografiju iz kojih se na nesumljiv način može utvrditi njegov identitet. Dupli cenzus prebivališta

Takodje, Zakon o izboru odbornika i poslanika uvodi dodatni (dupli) cenzus prebivališta za lokalne izbore. Uvođenje i proširivanje dodatnih cenzusa uključujući i "prebivalište u izbornoj jedinici najmanje 6 mjeseci", biračko pravo gubi svoje obilježje „opšte i jedinstveno biračko pravo“ i postaje „djeljivo“, ali i diskriminatorско pravo. Upravo propisivanje boravišnog cenzusa, a naročito njegovo razlikovanje za lokalane izbore, ima za posljedicu „djeljivost“ biračkog prava. To praktično znači da utvrđivanje dodatnog boravišnog cenzusa u opštini od 6 mjeseci prije lokalnih izbora će uticati da jedan broj građana, koji su u tom periodu promijenili mjesto stanovanja, neće moći ostvariti svoje biračko pravo za lokalne izbore, koje su inače imali u opštini, gdje su ranije imali prebivalište. To znači da je „djeljivo“ u smislu mogućnosti da birač koji je promijenio mjesto prebivališta, a nije ispunio cenzus prebivališta od 6 mjeseci za lokalne izbore, može doći u situaciju da npr. na dan

predsjedničkih, parlamentarnih i lokalnih izbora ima biračko pravo za parlamentarne i predsjedničke, ali da nema biračko pravo za lokalne izbore, što svakako predstavlja apsurdnu situaciju, kada biračko pravo, mimo Ustava, postaje djeljivo, a biraču se uskraćuje ustavno pravo da bira ili bude biran. Takođe, birač koji se preselio iz jedne opštine u drugu neće imati biračko pravo na lokalnim izborima u opštini novog prebivališta za narednih 6 mjeseci, s obzirom na to da je momentom preseljenja automatski izbrisan sa biračkog spiska opštine u kojoj je živio i istovremeno upisan automatski u birački spisak opštine u koju se doselio. Nedavno je Ustavni sud ocjenio da su ove odredbe neustavne.

U navedenom smislu, biračko pravo postoji ili ne postoji i ne može istovremeno, u zavisnosti od vrste izbora, postojati i ne postojati.

g) Identifikacija birača

Takođe, zakonodavac proširuje i novim cenzusom uslovljava ostvarivanje biračkog prava „elektronskom identifikacijom”, biometrijskim pasošem i biometrijskom ličnom kartom, a koju nema Crna Gora (član 68a stav 2 i 3), što je, takođe, neustavno. Pri ovome tehnički (biometrijski) aspekti su preuzeli i pravno nadvisili pravnu funkciju što je svojevrsan apsurd.

Pravni režim „javne isprave” je jasan i svaka javna isprava izdata od nedležnog organa, u zakonom propisanom postupku ima dokaznu snagu, koja podrazumijeva da se činjenice i okolnosti u javnoj ispravi smatraju istinitim. U tom smislu javna isprava može imati „oborivu” i „neoborivu” pretpostavku. Oboriva pretpostavka javne isprave znači da se tačnost njene sadržine može osporavati, ali samo u postupku i pred organom koji je izdao javnu ispravu. Neoboriva pretpostavka javne isprave proizilazi iz njene pravne prirode i prezumpcije tačnosti. U tom smislu, kada se javna isprava

koristi u pravnom prometu, pa i prilikom glasanja, organ koji vrši uvid u javnu ispravu ne može da „ne prihvati tj. ospori“ pravnu snagu javne isprave i uskrati pravo koje stranka ostvaruje javnom ispravom, ali može pokrenuti postupak provjere tačnosti javne isprave pred nadležnim organom koji je izdao. U tom smislu, javna isprava (pasoš, lična karta, ili bilo koja druga javna isprava), koja sadrži podatke, na osnovu kojih se nesumnjivo može utvrditi identitet birača u izbornom procesu, za izborne organe ima neoborivu pretpostavku i organ je dužan da takvu ispravu prihvati kao pravno valjanu, ali se ona može u pogledu sadržine osporavati, samo u postupku pred nadležnim organom unutrašnjih poslova koji je izdao takvu ispravu.

U tom smislu i Zakon o matičnim registrima,³ polazeći od načela autentičnosti, jasno propisuje da podaci upisani u matične registre i činjenice koje se njima dokazuju, smatraju se istinitim dok se, u zakonom propisanom postupku, ne dokaže suprotno (član 2 stav 1).

h) Organičenje pasivnog biračkog prava birača

Poseban oblik neustavnosti i diskriminacije birača je ograničenje pasivnog biračkog prava tj. prava pojedinaca da se kandiduje za poslanika i odbornika, kao za Predsjednika Crne Gore, s obzirom na to da je Zakon o izboru odbornika i poslanika (član 4 Zakona) to pravo dao isključivo listama političkih partija i grupama građana, čime se vrši direktna politička diskriminacija birača.

i) Organičenje prava Nacionalnim savjetima da kandiduju svoje liste i predstavnike

³ Zakon je objavljen u "Službenom listu CG", br. 47/2008 i 41/2010. Vidjeti: čl. 7. Zakona – 40/2011.

Posebno je ZIOP diskriminisao pravo Nacionalnih savjeta, da kao autentični predstavnici i zastupnici manjinskih naroda, shodno članu 35 stav 1 tačka 1 Zakona o manjinskim pravima i slobodama, imaju pravo na svoje kandidate odnosno liste kandidata. Navedenim uređivanjem su diskriminatoriski povrijeđeni međunarodno-pravni akti i ustavno pravo manjinskih naroda na autentičnu zastupljenost u Skupštini Crne Gore i skupštinama jedinica lokalne samouprave, u kojima čine značajan dio stanovništva, shodno principu afirmativne akcije iz člana član 8 i član 79 stav 1 tačka 9 Ustava Crne Gore.

Apsolutno je za poštovanje i podršku ustavna autentičnost zastupljenosti manjinskih naroda u predstavničkim organima, iako je Crna Gora građanska, a ne nacionalna država, ali ovaj institut je veoma sporan u svojoj primjeni jer u pragmatičnom smislu ovo pravo manjinskih naroda i zajednica u praksi nije omogućeno Nacionalnim savjetima, kao autentičnim predstavnicima, već su isto supstituisale nacionalne političke stranke, predstavljajući se kao „autentični predstavnici“, čime su neustavno stekle privilegovane uslove za ulazak u predstavnička tijela.

Takvo pravno stanovište jasno proizilazi iz Zakona o manjinskim pravima i slobodama iz člana 35 stav 1 alineja 1, koji je jasno propisao da Savjet „predstavlja i zastupa manjinske narode i druge manjinske nacionalne zajednice”.⁴

j) Ograničenje prava na neposredane izbore odbornika i poslanika

Biračko iste je segment ostvarivanja univerzalnog prava građana na ostvarivanje suvereniteta građana i iste da učestvuju u upravljanju javnim poslovima svoje zemlje,

⁴ Zakon o manjinskim pravima i slobodama ("Sl. list RCG", br. 31/06 od 12. 05. 2006., 51/06 od 04. 08. 2006., 38/07 od 22. 06. 2007. i "Sl. list Crne Gore", br. 02/11 od 12. 01. 2011., 08/11 od 04. 02. 2011.).

neposredno ili preko slobodno izabраних представника коју гарантује Универзална декларација о људским правима (члан 21), Међународни пакт о грађанским и политичким правима (члан 25 став 1 тачка а и б) и други међународни акти. Participacija грађана у вршењу јавних послова обухвата „neposredno“ одлучивање путем познатих института referenduma одлуке, abrogativnog referenduma, istema um i других института, када грађани остварују функцију власти neposrednim одлучивањем о неком јавном послу. Међутим бирачко исте је I исте бирача да учествују у одлучивању о јавним пословима I посредно – преко својих изабраних представника у представничким органима (Skupština, Parlament, Knest, Duma, Sabor itd.) tj. исте бирача, у нашем уставно-правном систему, да бирају и буду бирани у представничка тијела као одборници или посланици (члан 83 Устава) или да буде биран за Предsjednika Crne Gore.

Poseban oblik uskraćivanja prava i političke diskriminacije je uskraćivanje ustavnog prava грађана да „NEPOSREDNO“ бирају одборнике I посланике, а не да бирају “liste” политичких партија I грађанске “liste”. Zakonske одредбе о neposrednom izboru predjednika CG, посланика i одборника izvorno proizilaze iz ustavne одредбе о suverenitetu грађана: „Nosilac suverenosti je грађанин који има crnogorsko држављанство. Грађанин vlast остварује neposredno i преко slobodno izabраних представника“ (члан 2 став 1 i 2). Ova ustavna одредба konkretizuje se kroz ustavnu одредбу: „Izbori su slobodni I neposredni, a glasanje je tajno.“ (члан 45 став 4) као и да „Skupštinu čine посланици који се бирају neposredno, na osnovu општег i jednakog бирачког права i tajnim glasanjem” (члан 83 став 1) I одредбу за lokalne izbore да се „U lokalnoj samoupravi одлучује neposredno I преко slobodno izabраних представника (Član 113 став 1).

Iz konteksta ustavnih normi, naročito одредбе о грађанима, као nosiocima suvereniteta u pravnoj teoriji (nacionalnog i narodnog suvereniteta), nema nejasnoća da je

jedini izvorni, „orginerni“ nosilac vlasti građanin – birač, dok istem ostali organi samo javnopravni subjekti, koji u ime nosioca suvereniteta, kada im je to dato Ustavom ili zakonom u nadležnost, vrše funkcije državne ili lokalne vlasti.

Neposredno vršenje funkcija vlasti od strane građana znači donošenje odluka od strane građana na istema um, opozivom, referendumom odluke ili na abrogativnom istema um, kao što je to slučaj kod ustavnih promjena Ustava CG i Potvrda na istema um, u smislu člana 157 Ustava, kada se vrše promjene članova 1, 2, 3, 4, 12, 13, 15, 45 i 157, kada je odluka građana konačna ako se na državnom istema um za promjenu izjasni najmanje tri petine svih birača. Na ovaj način građani, kao nosioci suvereniteta donose neposredno konačnu Odluku o promjenu pomenutih odredbi Ustava, dok u ostalim slučajevima promjene Ustava građani, takođe, ali posredno, preko poslanika mogu mijenjati ostale ustavne odredbe kada odluke o ustavnim amandmanima donose posredno poslanici, a ne građani neposredno, 2/3 većinom glasova svih poslanika u smislu člana 156 Ustava Crne Gore. Slična situacija i „neposredno“ glasanje birača postoji i kada se na konsultativnom istema um građani „neposredno“ izjašnjavaju o teritorijalnim promjenama jedinice lokalne samouprave (osnivanje opštine, ukidanje i promjena teritorije opštine), u skladu sa Zakonom o teritorijalnoj organizaciji Crne Gore (član 16).⁵

Ovaj oblik neustavnosti ogleda se u supstituisanju ustavnog suvereniteta građana da biraju odbornike i poslanike, čime se direktno narušava neotuđivo iste birača da NEPOSREDNO vrše izbor svojih predstavnika u Skupštinu Crne Gore i Skupštinama lokalnih zajednica, koja prava su neustavno preuzele političke partije, koalicione liste i građanske liste putem “zatvorenih lista” kandidata, koje su oni

⁵ Zakon o teritorijalnoj organizaciji Crne Gore, "Službeni list CG", br. 54/2011, 26/2012, 27/2013, 62/2013, 12/2014 i 3/2016.

određivali bez prava građana da se izjasne o kandidatima, već isključivo o listama, čime je izborni sistem postao nejednak kod izbora odbornika i poslanika s jedne i Predsjednika Crne Gore (član 5 Zakona o izboru Predsjednika CG) s druge strane, koji se bira u skladu sa Ustavom.

Ovakvim načinom propisivanja, temeljno je narušeno biračko iste kao opšte, jednako i neposredno, čime se krše ali i ograničavaju zakonom ustavna prava građana garantovana članom 1 stav 1 i stav 2, članom 6 stav 1 i 2, članom 17, članom 45 stav 4, članom 83 stav 1 član 115 stav 3 i članom 117 stav 1, a za lokalne izbore neustavno se ograničava zajemčeno iste na lokalnu samoupravu iz člana 22 Ustava i člana 3 Evropske povelje o lokalnoj samoupravi, ali i kršenje već pomenutog načela legitimnog očekivanja stranke (birača), da na isti način u skladu sa Ustavom bira odbornike, poslanike i Predsjednika CG, a ne liste političkih partija, iz Evropske konvencije o osnovnim ljudskim pravima i slobodama i Protokola 1. Time se i na ovaj način narušava opšti princip vladavine prava i jednakosti u primjeni prava.

Neposrednost odlučivanja građana na istema um nije sporna, ali je u kontekstu našeg ustavno-pravnog istema sporna u odnosu na izbore odbornika i poslanika. Pri tome izborom odbornika i poslanika, ne odlučuje se o javnim poslovima kao referendumom, već o predstavnicima građana što nesumnjivo jasno proizilazi iz člana 45 i 83 Ustava CG, a nakon njihovog izbora građani preko njih, odlučuju o javnim poslovima.

U navedenom kontekstu neposrednog i posrednog izbora, biračko iste je lično iste birača i ono podrazumijeva iste birača da glasa neposredno na refrendumu kada odlučuje o javnim poslovima, izboru Predsjednika CG ali i o izboru odbornika i poslanika. Nije sporna činjenica da birač sam lično – neposredno glasa, u kontekstu neposrednog odlučivanja na istema um, Predsjedniku CG ali i pri izboru poslanika i odbornika. Međutim, očigledno da za Ustavni sud CG

neposrednost odlučivanja u izboru poslanika i odbornika nije isto što i neposrednost na istem izboru Predsjednika CG, što je pravno, pa čak i zdravo razumsko, zabrinjavajuće, da se jedan institut tumači na dva načina u zavisnosti od vrste izbora i načina odlučivanja. U tom smislu profesionalno je zabrinjavajuća odluka Ustavnog suda (Rješenje Ustavnog suda U-II br. 48/14 od 31. marta 2016 godine), u kojoj sud ima tzv. "duple istem" u tumačenju neposrednosti, jedno kod referenduma i izboru Predsjednika CG, a potpuno drugo kod izbora odbornika i poslanika.

Naime, u spornoj odluci Ustavnog suda, Sud stoji na stanovištu da neposrednost ne znači iste birača da „lično bira – glasa već da lično učestvuje u postupku i lično glasa i da umjesto njega ne može glasati drugo lice, osim u izuzetnim situacijama“ - (slijepa lica), koje stanovište je zauzeto prilikom neprihvatanja inicijative za ocjenu ustavnosti odredbe člana 82 stav 1 Zakona o izboru odbornika i poslanika, koje je očigledno selektivno zauzeto uskim tumačenjem predmetnog člana. Pri tome Ustavni sud nije našao da svoje stanovište zasniva na ciljnom tumačenju Ustava i istu odredbu poveže sa izričitom odredbom člana 83 stav 1 Ustava CG, koja jasno propisuje da „Skupštinu čine poslanici koji se biraju neposredno, na osnovu opšteg i jednakog biračkog prava i tajnim glasanjem” i odredbom člana 45 stav 1 kao prava birača, a ne partijskih i drugih lista, da bira i bude biran. U tom kontekstu svaki istem postupak, pa i postupak izbora odbornika i poslanika, podrazumijeva: 1. Nosioca prava – stranku, sa stranačkom legitimacijom da prevashodno sama – lično učestvuje u tom pravnom postupku kao i svaka druga stranka, u bilo kom drugom pravnom postupku ostvarivanja prava i zaštite svojih interesa, što se u izbornom postupku odnosi na birača; 2. Postupak ostvarivanja prava tj. procedura ostvarivanja prava (parnični, vanparnični, krivični, upravni, prekršajni, kao i izborni postupak i 3. Predmet odlučivanja (parnična, vanparnična, krivična, upravna, prekršajna ali i izborna stvar,

koja je predmet odlučivanja birača, a predmet odlučivanja birača može biti samo odbornik, poslanik i Predsjednik CG, a ne „šetanje do biračkog mjesta i ubacivanje glasačkog listića“, na kome se nalaze samo političke partije ili grupe građana, a ne ni poslanik ni odbornik.

Stranka – birač nije sporna, izborni postupak, takođe nije istema ali je očigledno za Ustavni sud veoma istema „predmet odlučivanja“ u izbornom postupku. U svakom slučaju predmet postupka je zakonodavac već odredio kao „izbor“ a ne postupak glasanja, odbornika, poslanika i Predsjednika CG, tako da predmet postupka nije lično učešće birača kao stranke i „šetanje birača od kuće do biračkog mjesta“ već izbor Predsjednika CG, odbornika ili poslanika, kao što je predmet odlučivanja na referendumu za samostalnost i nezavisnost CG 2006. godine bila odluka građana ZA ili PROTIV samostalnosti i nezavisnosti CG. Takvu „odluku“ o samostalnosti i nezavisnosti CG na istema um sa preko 55% glasova su donijeli birači koji su glasali ZA samostalnost i nezavisnost, a ne „šetači“ jer je mnogo više bilo „šetača“ na dan referenduma nego onih koji su glasali ZA!

Uostalom, ako neposrednost odlučivanja se ne odnosi na njegov predmet nego samo na svojstvo stranke i njegovu stranačku legitimaciju, da lično učestvuje u postupku, a ne putem zastupnika ili predstavnika, onda se postavlja pitanje kako se donose odluke na istema um i prilikom izbora Predsjednika CG, i da li je „odluka“ šetanje birača i lično ubacivanje glasačkog listića u glasačku kutiju ili je izbor ličnosti, sa liste kandidata, za Predsjednika CG, odnosno odluka ZA ILI PROTIV predmeta odlučivanja na referendumu (referendumskeg pitanja) ili nešto treće? Za iole prosječnog pravnika, ova pitanja bi trebala da su veoma jasna, jedino nijesu, ne slučajno, jasna crnogorskim „ustavobraniteljima“, koji umjesto da štite istem poredak CG i prava građana, koja im garantuje Ustav, na profesionalno grub način, izigravajući ustavne norme neumjesnim tumačenjem dezavuišu ustavni

duh, smisao i demokratske principe izbornog sistema, a posebno vladavinu prava, kao temeljni princip svake demokratske države. Uostalom i velikan crnogorske pravne misli, Valtazar Bogišić, u Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru još 1888. godine je jasno postavio opšte pravno načelo „Onome što je jasno, tumača mu ne treba!“

U tom smislu, pored navedenog, cijenimo neustavnim sve odredbe Zakona o izboru odbornika i poslanika, a nije ih mali broj, kojima se propisuje odlučivanje birača o izbornim listama.

k) Raspodjela mandata

Bitno obilježje izbornog sistema je i projektovani D*Ontov metod, kojim se uređuje raspodjela mandata na način kojim se mandati, koje je izborna lista dobila, dodjeljuju kandidatima prema redosljedu na izbornoj listi (član 96). I situacija kada, prema rezultatima glasanja utvrđenim na način iz člana 95 ovog zakona, pojedina izborna lista dobije veći broj mandata od broja kandidata koji se nalazi na toj listi ti mandati pripadaju izbornim listama koje imaju, po veličini, najveći sljedeći količnik (član 97) je neustavan jer omogućava da pojedine političke partije dobiju mandate koje nijesu osvojile na izborima preuzimajući mandate od partija koje nijesu ostvarile cenzus ili koje imaju veći cenzus od broja poslanika na listi za ulazak u Skupštinu CG.

U tom smislu cijene se neustavnim odredbe članova 93, 94, 95, 96, 97, 99 stav 1 tačka 10 i 11 i ostale odredbe Zakona o izboru odbornika i poslanika, kojima se uređuje raspodjela mandata kojima se povređuju pomenute ustavne odredbe o neposrednim izborima.

I) Uskraćivanje ustavnog jemčenja prava građana na lokalnu samoupravu

Članom 113 Ustava CG propisano je: „U lokalnoj samoupravi odlučuje se neposredno i preko slobodno izabраниh predstavnika. Pravo na lokalnu samoupravu obuhvata pravo građana i organa lokalne samouprave da uređuju i upravljaju određenim javnim i drugim poslovima, na osnovu sopstvene odgovornosti i u interesu lokalnog stanovništva.“ Takođe, Evropska Povelja o lokalnoj samoupravi (član 3) garantuje autonomiju lokalne samouprave u konkretnom slučaju kadrovsku autonomiju u izboru odbornika i zaštitu prava u izbornom procesu.

Opštinske izborne komisije i birački odbori koje osnivaju opštinski organi ne mogu sprovesti predsjedničke i parlamentarne izbore jer je to isključiva nadležnost državnih organa. Takvi poslovi ne bi se mogli ni prenijeti ili povjeriti organima lokalne samouprave jer se ne radi o poslovima „državne“ uprave u smislu člana 111 i 112 Ustava CG.

Takođe, odredbama Zakona o izboru odbornika i poslanika narušena je ustavna garancija jemčenja prava na lokalnu samoupravu (član 12 Ustava CG). U tom smislu Zakon propisuje nadležnost Državne izborne komisije da rješava po prigovoru na rješenja opštinske izborne komisije za lokalne izbore (član 108 stav 2 i 110 stav 2), što je suprotno ustavnoj autonomnosti lokalne samouprave jer su lokalni izbori u izvornoj (sopstvenoj) nadležnosti lokalne samouprave, u smislu člana 112 Ustava CG. U tom kontekstu Državna izborna komisija ne može vršiti instancioni (žalbeni) nadzor tj. biti drugostepeni organ lokalnim izbornim komisijama, koji rješava po pravnim sredstvima učesnika u lokalnim izborima, jer nije riječ o povjerenim ili prenešenim poslovima državne uprave, što jasno proizilazi iz koncepiranog ustavnog i zakonskog sistema lokalne samouprave. U tom kontekstu odluka opštinske izborne komisije po prigovoru na odluku biračkog

odbora je konačna i može se pobijati samo ustavnom žalbom, eventualno u upravnom sporu u smislu ZUP-a. Ostale meritorne odluke koje donosi opštinska izborna komisija vezane za izbore kojima se povređuje izborni zakon i prava birača, a ne tiču se upravnih aktivnosti biračkih odbora, mogu se osporavati tzv. „Izbornom žalbom” pred Ustavnim sudom.

U tom kontekstu se jasno mora napraviti razlika između izbora za državne organe (Predsjednik Crne Gore, Skupština Crne Gore), koji su u isključivoj nadležnosti državnih organa i lokalnih izbora, koji su u isključivoj nadležnosti lokalnih izbornih organa.

Razdvajanje izbornih sistema sa aspekta nivoa formiranja predstavničkih i organa vlasti

Ako se imaju u vidu organizacione i funkcionalne razlike između predstavničkih organa države i jedinica lokalne samouprave, a posebno ustavna autonomija lokalne samouprave, nameće se potrebnim razmišljanje izbora zakonodavnog modela uređivanja svih izbora i to: 1. Jedinstvenim zakonom (zakonsko regulisanje izbora na državnom i lokalnom nivou); 2. Odvojenim zakonima za izbor poslanika u Skupštini CG i Predsjednika CG i Zakona o lokalnim izborima ili 3. Jedinstvenim zakonom kombinovanim sa Zakonom o lokalnoj samoupravi.

Nomotehničkom odvajanju izbornih zakona prema nivoima političko teritorijalnog organizovanja države, ide u prilog i činjenica da se pojedinim državama, posebnim zakonima o lokalnim izborima uređuje izborni sistem u lokalnoj samoupravi. Tako npr. posebnim zakonima o lokalnim izborima uređen je izborni sistem u Srbiji, Hrvatskoj, Austriji, Danskoj, Estoniji, Litvaniji, Mađarskoj, dok su izbornim zakonima izbori na svim nivoima regulisani u Albaniji, Finskoj,

Italiji, Slovačkoj, Švedskoj Makedoniji, Poljskoj, Portugalu i Rumuniji.⁶

U eventualnom procesu odvajanja izbornih sistema posebno treba konceptualno razmotriti izborni sistem za lokalne izbore i prilagoditi ga potrebama građana, a ne samo političkih partija. Ovo naročito ako se ima u vidu „sloboda“ zakonodavca da opredjeljuje model lokalnog izbornog sistema, za razliku od izbora Predsjednika CG i poslanika u Skupštini CG, kojima je ustavotvorac kroz institut slobodnog mandata (član 85 stav 1) i već pomenute odredbe o neposrednosti izbora i biračkom pravu (član 45, 83) jasno opredijelio većinski izborni sistem sa „otvorenim listama“, a ne proporcionalni izborni sistem. U tom kontekstu posebno treba obratiti pažnju na principe na kojima bi počivao lokalni izborni sistem sa otvorenim listama, a naročito: 1. Personalnom principu; 2. Teritorijalnom principu; 3. Interesnom principu i 4. Principu jačanja odgovornosti odbornika kroz institute opoziva i sl. budući da ustavotvorac za odbornike ne propisuje, kao kod poslanika, vrstu mandata (vezani ili slobodni).

Personalni princip podrazumijeva neposredan izbor ličnosti za odbornika i otvorenu listu kandidata svake izborne jedinice. Teritorijalni princip podrazumijeva podjelu opštine na uže izborne jedinice (npr. mjesne zajednice). Interesni princip podrazumijeva omogućavanje svake izborne jedinice lokalne samouprave da ima svoje predstavnike u skupštini srazmjerno broju stanovnika, kako bi se onemogućilo koncentrisanje vlasti samo od građana koji imaju prebivalište u užem gradskom području. Princip odgovornosti podrazumijeva smjenjivost odbornika, koji ne predstavljaju interese svoje izborne jedinice, već interese svoje partije ili lične interese.

Na ovaj način obezbijedio bi se puni kapacitet suverenosti građana, pravičnost u formiranju predstavničkog

⁶ Detaljnije: Skupština Crne Gore, Parlamentarni institute – Istraživački centar, Istraživački rad: *Određeni aspekti izbornog zakonodavstva*, Podgorica, oktobar 2018. godine, str. 6. i 7.

organa ali i odgovornost odbornika koja u postojećem sistemu nije locirana prema građanima već političkim partijama.

Analogni izborni model, uz obaveznost neposrednih personalnih izbora poslanika, mogao bi se primijeniti i za parlamentarne izbore, sa jedinicama lokalne samouprave, kao izbornim jedinicama, a isti bi omogućio srazmjernu zastupljenost poslanka iz svih jedinica lokalne samouprave u Skupštini CG. Na taj način bi se mogla ograničiti sada dominantna uloga političkih partija i marginalizovanje građanskih opcija i njihovo veće učešće u zakonodavnom organu, što bi imalo uticaja i na faktičku promjenu političkog režima umjesto partijsko-oligarhijskog u demokratski.

Naravno, ni ova promjena sistema ne bi mogla sama od sebe dati očekivane rezultate u postojećem društvenom ambijentu apsolutizacije političkih i ličnih interesa, nad javnim interesom ali bi stvorila uslove da uz adekvatnu promjenu društvene svijesti i uloge građana u funkcionisanju vlasti, dovede do ozbiljnijih, profesionalnijih i demokratskijih promjena a samim tim i institucija u funkciji građana, a ne partijsko oligarhijskih interesa.

Pravni status izbornih „organa“ i njihovi međusobni odnosi

Pravna teorija je davno definisala pojam, elemente i vrste državnih organa i njihovu organizaciju i funkcije. U državnoj organizaciji bitan dio, osnova, je državni organ. Pored državnog organa postoje i izvjesne organizacije, ali su one stručnog karaktera, kao što su zavodi i dr. i u njima se ne izražava vlast kao kod državnog organa. Tako, za državnu organizaciju, njenu suštinu i karakteristiku su bitni državni organi. Kod

državnih organa razlikujemo sljedeće elemente, obeležja: lica, poslove, sredstva, samostalnost i povezanost.⁷

U tom smislu državni organ predstavlja organizacionu jedinicu državne organizacije koja obuhvata, po pravilu, više službenih lica i koja obavlja pravnim propisima utvrđeni krug državnih poslova kao svoju nadležnost. Radi obavljanja svoje nadležnosti, državnom organu se obezbjeđuju finansijska sredstva u budžetu države. Stoga državni organ posjeduje određenu vrstu subjektiviteta ali ne predstavlja istovremeno i pravni subjekat (ne posjeduje pravnu sposobnost). Pravni subjekt je država i jedinica lokalne samouprave ali ne i njeni organi, jer državni organ je integralni dio državne organizacije cjeline i dijela, tj. bez državnih organa ne postoji ni država, a lokalni organ je integralni dio jedinice lokalne organizacije, njene cjeline i dijela.⁸ Ovo je naročito važno u kontekstu zakonodavnog uređivanja izbornih organa u Crnoj Gori, a posebno problematično u odnosu na Državnu izbornu komisiju koja ima status „pravnog lica”?

Posebno su ustavno-pravno sporne odredbe o izbornim „organima” za sprovođenje izbora (Državna izborna komisija, Opštinske izborne komisije i Birački odbori), a naročito pravni status Državne izborne komisije, kao državnog organa i „pravnog lica” ali i njihova „politička “ struktura. Kao što je već napomenuto, u teoriji države i prava su jasna obilježja „organa”, koja nemaju svojstvo pravnog lica, jer to svojstvo ima samo „država” i „jedinica lokalne samouprave (opština, grad itd.)”, a ne i njeni „organi”.

Takođe, je jasna kategorizacija organa vlasti i u sistemu podjele vlasti, na zakonodavne, izvršne, sudske i druge organe državne vlasti, ali i organe lokalne samouprave. Pri tome i u

⁷ Prof. dr Momčilo Dimitrijević, Prof. dr Predrag Dimitrijević, *Razvoj organizacije države i uvod u pravo*, Fakultet za državne i evropske studije, Podgorica, 2007, str. 29.

⁸ Budimir Košutić, *Uvod u jurisprudenciju – Osnovi teorije prava*, CID, Podgorica, str. 66-72.

pravno-teorijskom smislu i ustavno-pravnom smislu je jasno da državni organi nemaju svojstva pravnog lica, kao što je i jasno koji organi su "politički" organi. Jedini izuzetak gdje javnopravni organi, funkcionalno mogu dobiti elemente statusa pravnog lica, kada je to propisano zakonom, jesu kod davanja ovlaštenja javnopravnim (državnim i lokalnim) organima da zaključuju upravne ugovore, kada je to propisano zakonom i kada je zaključivanje takvog ugovora u javnom interesu (Zakon o upravnom postupku član 27-30). U tom kontekstu, treba imati u vidu da se ovlaštenje za zaključivanje upravnih ugovora treba dati i izborim komisijama budući da izbori mogu zahtijevati i finansijska sredstva za njihovu realizaciju te kupovinu raznih sredstava, opreme, štampanja glasačkih listića itd.

U svim demokratskim sistemima, politički organi su predstavnički, državni, regionalni i lokalni organi vlasti u različitim vidovima, kao izvršno-politički organi – Vlada, Predsjednik države i funkcionalno njima slični organi, dok su ostali organi vlasti upravni, sudski, tužilački i slični prevashodno profesionalni organi.

Međutim, Zakon o izboru odbornika i poslanika obiluje „izbornim organima” – Državna i opštinske izborne komisije i birački odbori, pri čemu je sporno pitanje da li „birački odbori” mogu biti državni ili lokalni „organi” ili su više funkcionalno izborna tijela. Osim toga, posebno je sporna struktura ovih „organa” koji su dominantno politički organi, a čiju strukturu dominantno određuju akteri političke izborne scene – političke partije koalicije političkih partija, građanske grupe, što apsolutno nije ustavno, a ni prihvatljivo, ali sasvim jasno opredjeljuje partitokratsko oligarhijski, umjesto ustavno-pravnog demokratskog sistema vlasti, suprotno članu 1 ustava CG. Neustavnost se ogleda, između navedenog, u političkoj strukturi izbornih organa, kroz predlagače partija i koalicionih izbornih lista kroz “opunomoćene” predstavnike podnosilaca izbornih lista u izbornim organima, predsjednicima i članovima

izbornih organa, koji počivaju na političkim kriterijumima čija uloga u odlučivanju počiva na principu „kadija te tuži, kadija ti sudi”, gdje političke stranke, koje su sastavni dio izbornih organa, ulažu pravna sredstva (prigovore i žalbe) i istovremeno odlučuju o tim istim pravnim sredstvima u opštinskim i Državnoj izbornoj komisiji.

U tom kontekstu veoma je jasno da „izborni organi” moraju biti profesionalni organi, kao svi ostali državni i lokalni organi, osim predstavničkih tijela i izvršnih organa vlasti.

a) Vrste i način konstituisanja

U kontekstu ustavno-pravnog sistema, a posebno jemčenja prava na lokalnu samoupravu i njenu autonomiju, jasno se moraju razgraničiti organizacioni oblici, struktura, način konstituisanja, nadležnosti, ovlašćenja i druga pitanja između državnih i lokalnih izbornih „organa” odnosno tijela. U tom smislu državni organi, mogu sprovoditi samo izbore na nivou države – parlamentarne i predsjedničke, a lokalni izborni organi mogu sprovoditi samo lokalne izbore. Postojeće pravno stanje, da opštinske izborne komisije i birački odbori sprovode sve vrste izbora, nije u saglasnosti sa Ustavom, jer lokalna samouprava ne može vršiti državne poslove, osim poslove državne uprave, koji su u smislu člana 111 i 112 Ustava mogu prenijeti zakonom ili povjeriti uredbom Vlade na lokalnu samoupravu. Međutim, u konkretnoj pravnoj stvari izbori i izborni postupak nije posao tj. nadležnost organa „državne uprave”, već „izbornih organa” kao sui generis organa, pa samim tim se te nedležnosti ne mogu delegirati na lokalnu samoupravu i njene izborne organe.

Takođe, cijeni se neophodnim jasno definisanje državnih i lokalnih „izbornih organa” kako za državne tako za lokalne izbore. U tom smislu zakonodavac bi treba vrlo jasno definisati, za državne i lokalne izbore, odvojene izborne organe i izborna tijela, njihove nadležnosti, broj, sastav i način

njihovog konstituisanja ali sa profesionalnim sastavom, bar na nivou izbornih organa i kombinovanim sastavom na nivou izbornih tijela bez primjesa političkih predstavnika (birački odbori). U tom smislu, moglo bi se razmišljati da za državne izbore postoji Državna izborna komisija, koju bi imenovala Skupština nakon sprovedenog postupka javnog oglašavanja i lokalne izborne komisije, koje bi takođe imenovala skupština/nadležni odbor ili Državna izborna komisija po teritorijalnom principu iz svake "lokalne jedinice", takođe, nakon javnog oglasa. Na sličan način bi se birali i članovi biračkih odbora.

Kada je riječ o lokalnim izborima na analogni način bi se birala (opštinska, gradska i izborna komisija Prijestonice) i birački odbori, kao izborna tijela za lokalne izbore.

b) Sprovođenje izbornog postupka

Izborni postupak za državne izbore sprovode nadležni državni izborni organi (Državna izborna komisija) i izborna tijela (lokalne izborne komisije i mjesni birački odbori).

Lokalne izbore sprovode opštinski/gradski izborni organi (Izborna komisija) i mjesna izborna tijela (opštinski/gradski mjesni birački odbori), u skladu sa zakonom. Pri uređivanju izbornog postupka, radi racionalnosti postupka, treba razmotriti shodnu (prilagođenu) primjenu pojedinih instituta propisanih Zakonom o upravnom postupku, kao npr. formu pisanog izbornog akata (rješenja), razradu prigovora na izbornu aktivnost službenih lica izbornih organa i tijela (naročito uskraćivanje prava glasanja biraču), način odlučivanja i ovlašćenja nadzornog organa po prigovoru na izbornu aktivnost ili žalbi na prvostepeno rješenje.

Tokom svakog pravnog postupka, pa i izbornog postupka, nužno je obezbijediti pravo stranke da učestvuje u svim fazama izbornog postupka (preko tzv "opunomoćenih" predstavnika izbornih lista), da kao stranke u izbornom

postupku učestvuju u postupku odlučivanja izbornih organa, da daju prijedloge, mišljenja, stavove tokom postupka ali bez prava odlučivanja. Na taj način ostvaruje se osnovno načelo svakog pravnog postupka “učešće stranke u postupku”. Odluke o pravima birača podnosilaca izbornih lista mogu donositi samo izborni organi i tijela bez zakonodavnih primjesa političko-predstavničkog učešća u tim organima i tijelima.

c) Odnosi državnih i lokalnih i opštinskih/gradskih izbornih organa

Odnosi između izbornih državnih i lokalnih organa i tijela kao i opštinskih/gradskih organa i tijela, zasnivaju se na međusobnoj saradnji i zakonom propisanom instancionom hijerarhijskom nadzoru.

U kontekstu međusobne saradnje Državne izborne komisije, opštinskih/gradskih izbornih komisija i svih izbornih tijela za sve vrste izbora, Državna izborna komisija, daje objašnjenja, mišljenja, sugestije, preporuke, uputstva ostalim izbornim organima i tijelima u primjeni izbornog zakona.

U domenu hijerarhijskog nadzora, Državna izborna komisija vrši hijerarhijski nadzor samo nad zakonitošću rada lokalnih izbornih komisija, a lokalne izborne komisije vrše nadzor nad zakonitošću rada biračkih odbora, prilikom izbora državnih organa.

U odnosu na opštinske/gradske izbore, samo opštinska/gradska izborna komisija vrši nadzor nad zakonitošću rada mjesnih biračkih odbora.

Državna izborna komisija nema ovlašćenja da vrši nadzor nad radom opštinskih/gradskih izbornih komisija pri izboru lokalnih predstavničkih organa. Nadzor se u ovim situacijama obezbjeđuje kroz upravno sudski ili ustavno sudski nadzor.

d) Izborni postupak i zaštita izbornog prava

Izborni postupak je „sui generis” postupak, koji će urediti specifična procesna pitanja izbornog postupka, uz mogućnost da, radi racionalizacije postupka, zakonodavac uputi na shodnu primjena pojedinih instituta ZUP-a, naročito u pogledu upravne stvari⁹, upravnih aktivnosti¹⁰, forme pisanog rješenja, kao izbornog akta, prigovora kod upravnih – izbornih radnji biračkih odbora, žalbe na odluku lokalne izborne komisije u sprovođenju izbora za državne organe vlasti kao i izborne žalbe protiv odluke Državne izborne komisije u sprovođenju predsjedničkih i parlamentarnih izbora, odnosno opštinske/gradske izborne komisije za lokalne izbore.

U skladu sa ovlašćenjima nivoa (državni – lokalni) izbornih organa i tijela, koncipira se i pravna zaštita birača.

U pogledu nadzora i pravnih sredstava nad izbornim procesom, nadzorna ovlašćenja mogu imati samo izborne komisije u okviru svojih (državnih ili lokalnih izbornih organa, odnosno opštinskih/gradskih izbornih organa), dok ostala „izborna tijela – birački odbori”, mogu samo sprovoditi izborni postupak na terenu i vršiti druge izborne (upravne) radnje.

e) Pravna sredstva u postupcima za izbore državnih organa

Pravna sredstva na izborima za državne organe, mogu biti prigovori na drugu izbornu (upravnu) aktivnost biračkog odbora (u smislu člana 32 ZUP-a) i žalba na rješenje lokalne

⁹ Upravna stvar je svaka konkretna situacija u kojoj javnopravni organ, upravnim aktom odlučuje ili drugom upravnom aktivnošću utvrđuje ili na drugi način utiče na prava, obaveze ili pravne interese fizičkog lica, pravnog lica ili druge stranke, u smislu ovog zakona, kao i svaka druga pravna situacija koja je zakonom propisana kao upravna stvar (član 2).

¹⁰ Druga upravna aktivnost podrazumijeva izdavanje uvjerenja o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija, o činjenicama o kojima se ne vodi službena evidencija, kao i svaku drugu upravnu aktivnost propisanu posebnim zakonom (vođenje evidencija, preduzimanje faktičkih radnji i dr.).

izborne komisije Državnoj izbornoj komisiji. Prigovor birača na postupanje (upravnu aktivnost - radnju) biračkog odbora, podnosi se lokalnoj izbornoj komisiji. Protiv rješenja po prigovoru lokalne izborne komisije, može se propisati da odlučuje Državna izborna komisija ili pravo na podnošenje tužbe Upravnom sudu, u smislu člana 2 Zakona o upravnom sporu (ZUS). Ako se zakonom propiše da o žalbi na drugu upravnu aktivnost odlučuje Državna izborna komisija, onda je njena odluka konačna i može se osporavati tužbom pred upravnim sudom.

Međutim, protiv meritornih odluka lokalne izborne komisije, kojim je riješeno o pravu ili obavezi stranke u izbornoj stvari, može se podnijeti žalba Državnoj izbornoj komisiji. Odluka po žalbi Državne izborne komisije je konačna u izbornom postupku i na istu žalba nije dozvoljena ali se može podnijeti "izborna žalba" Ustavnom sudu, u smislu člana 149 stav 1 tačka 7 Ustava i Zakona o ustavnom sudu.

Prigovor birača na postupanje (upravnu radnju) biračkog odbora, na lokalnim izborima, podnosi se opštinskoj/gradskoj izbornoj komisiji.

Protiv rješenja po prigovoru birača opštinske/gradske izborne komisije, žalba nije dozvoljena, ali se može podnijeti tužba Upravnom sudu, u smislu člana 2 ZUS-a.

Međutim, protiv meritornih odluka lokalne izborne komisije, kojim je riješeno o pravu ili obavezi stranke u izbornoj stvari opštinske/gradske izborne komisije, žalba nije dozvoljena ali se može podnijeti "izborna žalba" Ustavnom sudu u smislu člana 149 stav 1 tačka 7 Ustav i Zakona o ustavnom sudu.

Naravno, u zavisnosti od koncepta izbornih sistema, mogu se uređivati i drugačija pravna sredstva. Međutim, Uzimajući u obzir hitnost postupka, zakonom se treba urediti i kratki rokovi za odlučivanje izbornih organa po prigovoru i žalbi (npr. 24 sata), a za tužbu u Upravnom sudu i izbornu

žalbu Ustavnom sudu najviše 48 sati, od dana prijema konačnog - izvršnog izbornog akata.

Pravni status i finansiranje političkih partija

Pravni položaj političkih partija, uređen je Zakonom o političkim partijama.¹¹ U tom kontekstu, pod partijom se smatra organizacija, slobodno i dobrovoljno udruženih građana, radi ostvarivanja političkih ciljeva demokratskim i mirnim sredstvima (član 2).

Uporedo sa ovim, Zakonom o finansiranju političkih subjekata i izbornih kampanja¹², uređuju se način sticanja i obezbjeđivanja finansijskih sredstava za redovan rad i izbornu kampanju političkih subjekata, zabrane i ograničenja raspolaganja državnom imovinom, fondovima i javnim ovlašćenjima u toku kampanje i kontrola, nadzor i revizija finansiranja i finansijskog poslovanja političkih subjekata u cilju ostvarivanja zakonitosti i javnosti njihovog poslovanja. (član 1). Zakon, takođe, uređuje da su politički subjekti: političke partije, koalicije, grupe birača i kandidati za izbor Predsjednika Crne Gore (Član 2 stav 1). Takođe, Zakon propisuje da politički subjekti sredstva za redovan rad i izbornu kampanju, mogu sticati iz javnih i privatnih izvora, u skladu sa ovim zakonom (član 3). Javni izvori, u smislu ovog zakona, su sredstva koja se izdvajaju iz budžeta Crne Gore i budžeta lokalne samouprave (Član 5).

Zakonom o budžetu i fiskalnoj odgovornosti,¹³ pored ostalog, uređuje se: planiranje i izvršenje budžeta, fiskalna odgovornost, pozajmice i garancije i druga pitanja od značaja za budžet Crne Gore i budžet jedinice lokalne samouprave. Zakon, u svom pojmovniku (član 2), takođe, navodi i subjekte

¹¹ "Sl. list RCG", br. 21/04 od 31. 03. 2004. i "Sl. list Crne Gore", br. 73/10 od 10. 12. 2010., 40/11 od 08. 08. 2011., 9/11 od 14. 12. 2011.

¹² "Sl. list Crne Gore", br. 20/14 od 25. 04. 2014., 56/14 od 24. 12. 2014.

¹³ "Sl. list Crne Gore", br. 20/14 od 25. 04. 2014., 56/14 od 24. 12. 2014.

koji se finansiraju. U tom kontekstu je širok krug javnopravnih subjekata, koji vrše javne funkcije koji se finansiraju iz budžeta. U tom smislu su naznačeni kao opšti lokalni nivo države, javni sektor, nezavisna regulatorna tijela, potrošačke jedinice, budžet državnih fondova itd. Interesantno je napomenuti da ovaj Zakon upotrebljava i definiše izraz „državni novac“, kao „novac kojim raspolaže država ili opština ili javne ustanove na centralnom, odnosno lokalnom nivou“ (član 2 tačka 30), pri čemu bi se moglo pogrešno shvatiti da je riječ o „državnom“, novcu, jer ni jedna država na svijetu nema svoj novac već je to novac građana države CG (u državnom budžetu) i posebno građana lokalne samouprave (u budžetu lokalne samouprave), a predstavnički organi i države i jedinice lokalne samouprave samo upravljaju novcem građana, radi zadovoljavanja javnih potreba.

Takođe, Zakon o upravljanju i unutrašnjim kontrolama u javnom sektoru¹⁴, jasno definiše da se javnim sektorom smatraju: državni organi, ministarstva i drugi organi uprave, državni fondovi, javne ustanove i druga pravna lica, koja se finansiraju iz budžeta Crne Gore, odnosno organi jedinice lokalne samouprave, organi lokalne uprave, javne ustanove i druga pravna lica koja se finansiraju iz budžeta jedinice lokalne samouprave, nezavisna regulatorna tijela, akcionarska društva i druga pravna lica u kojima država ili jedinica lokalne samouprave ima većinski vlasnički udio.

U navedenom pravnom kontekstu, jasno je da se sredstva poreskih obaveznika kroz budžete usmjeravaju isključivo na zadovoljavanje javnih potreba i to prije svega javnopravnim subjektima. U postojećem pravnom kontekstu Zakona o finansiranju političkih partija i izbornih kampanja, otvara se pitanje ustavnosti finansiranja političkih partija, koje nijesu subjekti od javnog interesa, već slobodna udruženja, niti je njihovo djelovanje od javnog interesa. U tom ustavno-

¹⁴ "Službeni list Crne Gore", br. 075/18 od 23. 11. 2018., član 2.

pravnom smislu, postavlja se pitanje: Kako je bilo moguće da Skupština CG donese ovakav zakon i zašto poreski obveznici i na državnom i na lokalnom nivou uopšte finansiraju političke partije? Pri tome od ovog pitanja jasno treba odvojiti pitanje finansiranja državnih i lokalnih skupština, kao predstavničkih tijela, a samim tim i odbornika i poslanika, što ne bi trebalo da bude problematično, jer finansiraju institucije i njihove funkcionere. Ne vidimo ni jedan ni ustavno-pravni, čak ni racionalni razlog da se iz javnih sredstava finansiraju redovne djelatnosti političkih partija i to u milionskim godišnjim iznosima, dok javne službe nemaju sredstava za liječenje, nabavke lijekova, udžbenike, opremanje školskih, zdravstvenih i dugih javnih objekata, dok imamo zabrinjavajući standard penzionera sa najnižim primanjima, naglašeno siromaštvo građana, ograničenih socijalnih davanja, skupih lijekova, nemogućnosti liječenja mladih ljudi van Crne Gore, nemogućnosti obrazovanja crnogorske omladine zbog socijalnog statusa porodica itd. Na ovakve konstatacije jasno upućuje i dio Izvještaja Državne revizorske institucije o finansiranju političkih partija (Prilog).

Analiza Izvještaja Državne revizorske institucije o finansiranju političkih partija u Crnoj Gori za 2015. i 2016. godinu, pokazuje da je u te dvije godine čak 14 političkih partija za redovne aktivnosti, a u 2016. godini i izborne aktivnosti ostvarilo prihode u iznosu od 11.712.267 eura! Samo u 2015. godini, partije su ostvarile ukupno 4.671.407 eura, od čega iz državnog budžeta 3.626.370 eur i lokalnih budžeta 1.045.037 eura. U 2016. godini, koja je bila izborna godina, partije su ostvarile ukupno čak 7.040.869 eura, od čega iz državnog budžeta 5.369.414 eura i lokalnih budžeta 1.671.438 eura. Dakle samo u dvije godine djelovanja političke partije su ostvarile enormne prihode i to u iznosu od 11.712.267 eura.

U navedenom ustavno-pravnom i društveno socijalnom kontekstu cijeni se neophodnim budžetsko ukidanje redovnog

finansiranja političkih partija, kao dobrovoljnih i slobodnih udruženja građana, koji se mogu financirati iz svojih članarina i isti pravni tretman, kao što su to ostala udruženja i NVO iz civilnog sektora, čija se redovna djelatnost ne finansira iz budžeta, već iz članarina ili projektnih aktivnosti.

Nadzor nad primjenom biračkih spiskova i drugih javnih evidencija

Postojeće zakonsko rješenje da Državna izborna komisija vrši "nadzor" nad primjenom biračkih spiskova se ozbiljno dovodi u pitanje, čime se supstituiše stvarna nadležnost drugih organa državne uprave i samim tim ugrožava načelo odgovornosti organa uprave (Ministartsva unutrašnjih poslova), za stanje u oblasti u kojoj je osnovano.¹⁵

Posmatrajući sa organizacionog i funkcionalnog aspekta pravni položaj DIK-a, evidentno je da je vrlo sporna odredba Zakona o biračkim spiskovima o „nadzoru” DIK-a, nad biračkim spiskovima. Naime, članom 26 ovog Zakona propisano je da „Nadzor nad primjenom ovog zakona vrši Državna izborna komisija. U postupku praćenja primjene ovog zakona Državna izborna komisija:

- 1) stara se o jedinstvenoj primjeni odredaba ovog zakona;
- 2) daje mišljenja u vezi sa primjenom ovog zakona;
- 3) posredstvom kompjuterske povezanosti sa zbirkom podataka biračkog spiska vrši stalno praćenje promjena u biračkom spisku;
- 4) ima pravo pristupa svim elektronskim registrima i drugim evidencijama o građanima, koje sadrže podatke bitne za vođenje biračkog spiska;

¹⁵ Član 26 Zakona o biračkom spisku, Zakon je objavljen u "Službenom listu CG", br. 10/2014 od 26. 02. 2014. godine, stupio je na snagu 06. 03. 2014., a primjenjuje se od 01. 11. 2014. godine.

5) ima pravo uvida u službenu dokumentaciju kojom raspolaže organ državne uprave, organ lokalne uprave i drugi organ i organizacija na osnovu koje se vrši promjena u biračkom spisku;

6) ukazuje Ministarstvu na potrebu otklanjanja utvrđenih nepravilnosti u vođenju biračkog spiska;

7) vrši i druge poslove iz svoje nadležnosti.”

Slična je situacija i u odnosu na “nadzor” DIK-a nad primjenom člana 29 i 30 Zakona o biračkom spisku.¹⁶

Međutim, analiza ovih “nadzornih” odredbi ukazuje da DIK nema ni jedno nadzorno ovlašćenje nad biračkim spiskovima, pogotovo upravni nadzor nad zakonitošću i cjelishodnošću rada resornog ministarstva, instancioni ili službeni nadzor nad njegovim upravnim aktima niti inspekcijski nadzor, već da se ovim odredbama uređuju oblici saradnje DIK-a sa ministarstvom nadležnim za vođenje biračkih spiskova i određena prava DIK-a na uvid i ukazivanje za otklanjanje nepravilnosti.

Osim toga diskutabilno je da li DIK ima kapaciteta i načina da kontroliše birački spisak jer je to već nadležnost dugih organa uprave (Ministarstva javne uprave – upravne inspekcije i sudskih organa - Upravnog suda).

U tom kontekstu, a polazeći od pravne prirode i postupka upisa i promjena u birački spisak, treba imati u vidu da je u pitanju klasični upravni postupak, koji se vodi „ex officio” tj. po službenoj dužnosti na elektronski način, ali i po zahtjevu stranke, naročito kod promjena podataka birača u biračkom spisku. U odnosu na takvu pravnu prirodu upravnog postupanja, nužan je samo spoljni administrativni upravni nadzor u prvom redu upravne inspekcije.

¹⁶ “Državna izborna komisija vrši stalnu kontrolu biračkog spiska i upoređuje ga sa podacima iz relevantnih registara stanovništva, državljanstva, prebivališta, matičnih registara i bazom podataka ličnih karata.

Naime, najprije Zakonom u upravnom postupku, jasno je propisano da nadzor nad primjenom ZUP-a vrši organ državne uprave, nadležan za poslove uprave, a da inspekcijski nadzor nad sprovođenjem ovog zakona vrši upravna inspekcija (član 160 ZUP-a). Takođe, Zakonom o upravnoj inspekciji propisano je, pored ostalog, da Upravna inspekcija vrši inspekcijski nadzor nad primjenom zakona kojim se uređuje upravni postupak kod ministarstava i drugih organa uprave, državnih organa, organa lokalne samouprave, organa lokalne uprave, ustanova i drugih subjekata koji vrše javna ovlašćenja, u odnosu na: 1) ekonomičnost i efikasnost ostvarivanja i zaštite prava i pravnih interesa stranaka u upravnom postupku; 3) postupanja ovlašćenog službenog lica koje vodi upravni postupak i donosi upravni akt (u daljem tekstu: ovlašćeno službeno lice); 6) poštovanje obaveze pružanja pravne pomoći strankama u upravnom postupku; 10) izdavanje uvjerenja i drugih isprava o činjenicama o kojima se vode službene evidencije; 11) druga postupanja subjekta nadzora, u skladu sa pravilima upravnog postupka (član 5 stav 1, 3, 6, 10 i 11).

U tom kontekstu Zakon jasno propisuje da „Inspekcijski nadzor u pogledu primjene ovog zakona i drugih propisa kojima se uređuje vođenje biračkih spiskova vrši upravna inspekcija preko upravnih inspektora u skladu sa zakonom kojim se uređuje inspekcijski nadzor.

Inspekcijski nadzor nad vođenjem biračkog spiska, vrši se kroz redovne i vanredne inspekcijske nadzore, kao i postupanjem po predstavkama učesnika na izborima, ovlašćenih posmatrača izbora i Državne izborne komisije. Redovni inspekcijski nadzori, vrše se po godišnjem programu rada Upravne inspekcije. Upravni inspektor u vršenju nadzora nad vođenjem biračkog spiska ovlašćen je da pristupanjem Centralnom sistemu izvrši provjeru da li se ažurno izvršavaju sve obaveze vođenja biračkog spiska utvrđene zakonom.

Nadzor nad ažuriranjem biračkog spiska vrši se provjerom svih službenih evidencija kao i dokaza na osnovu kojih se vrše promjene u biračkom spisku. Vanredni inspekcijski nadzor obavezan je i vrši se u godini u kojoj se održavaju redovni izbori, odnosno kada se raspišu prijevremeni izbori. Po predstavljači birača, parlamentarne stranke, podnosioca potvrđene izborne liste, ovlašćenih posmatrača izbora i Državne izborne komisije, upravni inspektori su dužni da izvrši inspekcijsku kontrolu, u roku od 48 časova od prijema predstavke.

Primjerke zapisnika o izvršenoj inspekcijskoj kontroli i primjerak akta kojim se nadležnom organu naređuje preduzimanje određenih mjera i radnji, upravni inspektori dužni su dostaviti podnosiocu predstavke, u roku od 48 časova od dana izvršenja inspekcijske kontrole” (član 31).

U tom širem pravnom kontekstu, upravna inspekcija vrši i nadzor nad upravnim postupanjima nadležnih organa i u oblasti prebivališta, državljanstva, ličnih karata, pasoša i drugih javnih isprava koje izdaju nadležni organi u upravnom postupku koji determinišu sadržinu biračkog spiska.

Posmatrano sa iskustvenog aspekta i realne situacije koja se dogodila prilikom zaključenja biračkog spiska i primjene člana 18 Zakona o biračkim spiskovima za vrijeme Parlamentarnih izbora 2016. godine, očigledno je da zakonodavac, nažalost, zbog neodgovornosti resornog ministra, mora tražiti mehanizme deblokade takvih i sličnih situacija, da bi se obezbijedio legalitet izbora, koji je narušen prekoračenjem ovlašćenja predsjednika Vlade, da „ovlasti“ sekretara ministarstva, da zaključi birački spisak, što je formalno-pravno prouzrokovalo nelegalne parlamentarne izbore. Svakako da predsjednik Vlade nije imao ovlašćenje da „delegira“ ministarsku nadležnost na „službenika“ ministarstva, jer se nadležnosti i ovlašćenja pojedinim funkcionerima i državnim službenicima mogu dati samo zakonom, a ne drugim, naročito pojedinačnim „aktom“.

Usklađivanje izbornog sistema sa izbornim sistemom EU

Kao što je već napomenuto, polazeći od okolnosti da se Crna Gora već više godina nalazi u procesu pridruživanja EU, neophodno je da izborni zakonodavstvo ide u susret tom trenutku i izborni sistem Crne Gore treba prilagoditi izborima za Evropski parlament, pri čemu odredbe ili poglavlje o izborima u Parlamentu EU propisati sa odložnom primjenom nakon prijema CG u EU.

U tom smislu Ugovor o osnivanju evropske zajednice propisuje da:

1. Svaki građanin Unije, koji boravi u nekoj državi članici, čiji nije državljanin, ima u toj državi članici aktivno i pasivno biračko pravo na lokalnim izborima, pod jednakim uslovima, kao i državljani te države. Navedeno pravo ostvaruje se shodno detaljnim aranžmanima koje utvrđuje Savjet, odlučujući jednoglasno u skladu s posebnim zakonodavnim postupkom i nakon savjetovanja sa Evropskim parlamentom; ti aranžmani mogu predviđati odstupanja, ako tako nalažu problemi svojstveni određenoj državi članici.

2. Ne dovodeći u pitanje član 223 stav 118 i odredbe donešene radi njegove primjene, svaki građanin Unije, koji boravi u nekoj državi članici, čiji nije državljanin, ima u toj državi članici aktivno i pasivno biračko pravo na izborima za Evropski parlament, pod jednakim uslovima kao i državljani te države. Navedeno pravo ostvaruje se shodno detaljnim aranžmanima koje utvrđuje Savjet, odlučujući jednoglasno, u skladu s posebnim zakonodavnim postupkom i nakon savjetovanja sa Evropskim parlamentom; ti aranžmani mogu predviđati odstupanja, ako tako nalažu problemi svojstveni određenoj državi članici”.¹⁷

¹⁷ Član 19 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

Rezime

Tema ovog rada odnosi se na pozitivno pravne aspekte izbornog (biračkog) prava u pozitivno pravnom sistemu Crne Gore sa posebnim osvrtom na neka otvorena pitanja izbornog sistema ne samo u odnosu na izborni zakon već i niz drugih akcesornih zakona koji utiču na izborni sistem, posebno u odnosu na zakone kojima se uređuju cenzusi za sticanje biračkog prava - birački spiskovi, državljanstva, prebivalista, redovnog finansiranja političkih partija, prava manjinskih naroda i nacionalnih zajednica itd. To su uglavnom pitanja uredejna posebnim zakonima koja su sporna sa ustavno pravnog aspekta koja čak dovode u pitanje legitimnost predstavničkih tijela Crne Gore ali i loklanih zajednica, osim Predsjednika CG, a samim tim i legitimnost svih državnih institucija koja proizilaze iz izbora takvog predstavničkog tijela Skupštine CG.

Ključne riječi: izbori, biračko pravo, birački spisak, ustav, zakoni, neposrednost, izborni organi, finansiranje, Nacionalni savjeti.

Summary

The topic of this paper refers to the positive legal aspects of electoral (voting) law in the positive legal system of Montenegro with special reference to some open issues of the electoral system not only in relation to the electoral law but also through other accessory laws affecting the electoral system, especially in relation to the laws that regulate the criteria for acquiring the right to vote - voter lists, citizenship, residence, regular financing of political parties, the rights of minority peoples and national communities, etc. These are mostly issues regulated by special laws that are disputable from the constitutional and legal aspect that even call into question the legitimacy of the representative bodies of

Montenegro and local communities, except the President of Montenegro, and thus the legitimacy of all state institutions arising from the election of such a representative body.

Keywords: elections, suffrage, voter list, constitution, laws, immediacy, electoral bodies, funding, National Councils.

Sreten IVANOVIĆ ¹

KONTROLA ZAKONITOSTI DJELOVANJA JAVNE UPRAVE

Država može da funkcioniše neko vrijeme ako ne funkcioniše zakonodavna vlast (skupština). Može da funkcioniše i bez sudova, za kraći vremenski period. Ali, država nije u funkciji, ako bi se bar za dan, a u mnoštvu slučajevima i za trenutak suspendovalo djelovanje izvršne vlasti, odnosno javne uprave kao pretežnog dijela izvršne vlasti.

Mnoštvom i razgranatošću svojih organa upravna vlast se dnevno bavi sa građaninom, njegovim pravima i obavezama. Ostvarujući brojna prava i pravne interese koja prozilaze iz propisa kojima su uređene široke oblasti života, građani i drugi pravni subjekti obraćaju se upravnoj vlasti preko organizovanih oblika njenih organa. Sa druge strane u ostvarivanju javnog interesa opredijeljenog zakonima i drugim propisima javnopravni organi (država) samoinicijativno, po službenoj dužnosti pokreću postupke kojima se po pravilu nameću obaveze ili dužnosti građanima i drugim subjektima.

Ne ulazeći u mnoštvo i raznovrsnost oblika bavljenja građaninom u svim sferama njegovog života (od rođenja pa do smrti) na ilustrovan način se može ukazati samo na neke elementarne primjere iz života ljudi kako se javna uprava svakog trenutka bavi pravima i obavezama građanina miješajući se i u njegov privatni život. Kada se kaže svakog trenutka, u tome nema pretjerivanja, jer: saobraćajni znak na putu, pješački prelaz, semafor, puna i isprekidana linija na

¹ sudija Vrhovnog suda Crne Gore u penziji

kolovozu - sve je to djelovanje javne uprave i to svakog trenutka i sve to ima snagu zakona. Ili na primjer, boraveći u sopstvenom stanu uprava je propisima o etažnoj svojini i drugim propisima odredila granice njegovog korišćenja i kontrolisanog ponašanja u sopstvenom stanu. Ili još ranije, istog dana kada se dijete rodi uprava ga uzima pod svoje, upisuje ga u svoje službene evidencije rođenih registrujući njegovo ime i druge podatke; istoga dana kada stekne punoljestvo bez njegovog znanja po službenoj dužnosti ga upisuje u biračke spiskove, vojne registre, poreske registre i ko zna gdje. Nakon smrti, opet se javna uprava sa njime bavi brišući ga iz raznih registara i evidencija u upisujući ga u neke druge. Građanin ne može zaključiti brak bez posredstva javne uprave, koja ima takvu moć da mu prilikom sklapanja braka nudi i mogućnost promjene identiteta - da može promijeniti prezime, ili uzeti novo, svog supružnika, ili svom prezimenu dodati ovo novo. Da ne idemo dalje, a mogao bi se navesti bezbroj ovakvih elementarnih, bizarnih primjera.

Upravna vlast je isplela mrežu oko građanina kojoj on ne može umaći i koja reguliše cjelokupni korpus njegovih prava, pravnih interesa, obaveza i dužnosti..

Zbog takve njene uloge u evropskom društvenom i pravnom prostoru a samim tim i u crnogorskom, izražena je potreba da se upravna vlast kao dominantni dio izvršne vlasti podvrgne kontroli svog djelovanja.

Takva potreba proizilazi iz činjenice da javna uprava baveći se najširim korpusom prava, pravnih interesa i obaveza građana i drugih pravnih subjekata, a time i njegovim slobodama, može da ugrozi ili povrijedi priznata prava i slobode; da umjesto zakonitosti u djelovanju primijeni princip cjelishodnosti; da u određenim slučajevima zloupotrijebi ovlašćenja povjerena joj zakonom. I ne samo to, nego i da zloupotrijebi svoja ovlašćenja i na štetu javnog interesa a kada je na štetu javnog interesa opet je to u krajnjem opet na štetu građanina jer javni interes nije ništa drugo do sublimirani,

prosječni interes najvećeg dijela građana određene društvene integracije - grada, dijela grada, regiona ili države.

U sadašnjem vremenu kontrola rada i djelovanja javnopravnih organa uprave organizovana je kroz više načina i to kako slijedi u nastavku.

Oblici kontrole javne uprave

Potreba za kontrolom zakonitosti djelovanja javne uprave ostvaruje se kroz različite vidove i forme. Uz to, daljna potreba je da svi vidovi i forme kontrole djeluju sinergično i istovremeno. U tom pravcu u savremenim uslovima kao i crnogorskom javnom prostoru mogu se nabrojati sljedeći vidovi kontrole javne uprave, i to:

a) Unutrašnjom kontrolom same javne uprave unutar nje same, kao vid samokontrole jedne grane vlasti. Ovaj vid kontrole je propisan setom procesnih i materijalnih zakona među kojima Zakon o upravnom postupku ima centralni značaj. Putem žalbe i drugih pravnih lijekova, zatim pravnih sredstava koji se mogu izjaviti protiv pravosnažnih odluka javnopravnih organa, putem instancionih, drugostepenih nadležnosti propisan je pravni put ispitivanja zakonitosti donesenih odluka nižestepenih organa. Unutrašnja kontrola ostvaruje se i na drugi način, van posredstva stranaka, a to je nadzorna funkcija viših instanci nad nižima propisana zakonom i drugim propisima radi otklanjanja nezakonitih i nepravilnih djelovanja.

Međutim, unutrašnja kontrola (samokontrola) javne uprave pokazuje se kao nedovoljna je kada se izvede na principijelan nivo ovdje imamo situaciju "da je neko sam sebi sudija" jer jedna grana vlasti kontroliše samu sebe. Zato se poteže za kontrolom nekog trećeg, nezavisnog od izvršne (upravne) vlasti, kako to slijedi.

b) Putem parlamentarne, skupštinske grane vlasti što ima značenje političke kontrole javne uprave. Ovaj vid ima

praktični značaj u smislu raspravljanja u skupštini i ukazivanja na nepravilnost u radu, putem interpelacije i traženja političke odgovornosti, donošenja zakona kojim bi se otklonile ili propisale dužnosti javne uprave u cilju jačanja zakonitosti njenog djelovanja. Međutim, i pored pozitivnog potencijala kojeg ima skupštinska kontrola njena slabost je u tome što ne raspolaže sa potrebnim stručnim kapacitetima jer rasprava o zakonitosti djelovanja zahtijeva i adekvatno stručno znanje iz konkretne oblasti a takva vrsta stručnosti nije uslov za zasnivanje skupštinske funkcije. Uz to, parlamentarno djelovanje je deklarativne prirode jer parlament nije nadležan da uklanja iz pravnog poretka pojedinačne odluke javne uprave, niti da ih preinačava i umjesto njih konstituiše nečija pojedinačna prava ni u slučajevima kada je nezakonitost u radu ili zloupotreba ovlaštenja javne uprave očigledna.

c) Mimo institucionalnog načina kontrola javne uprave se ostvaruje i na posredan način. Djelovanjem nevladinog sektora se može ukazivati i objelodanjivati postupanje javne uprave u pojedinačnim slučajevima što svakako ima pozitivni efekat. Jer, nosioce javnopravnog djelovanja treba da prati svijest da je njihovo djelovanje izloženo širokom spektru posmatranja raznih subjekata što posljedično mora imati bar određeni efekat u pravcu preventivnog djelovanja u njihovom radu.

Ovdje treba ukazati i na djelovanje javne riječi u različitim formama koje se pokazuje kao vid kontrole javne uprave.

d) Svi napred označeni vidovi kontrole pokazuju se kao nedovoljni. Jer, svi oni samo deklarišu stanje stvari, ali pravo građanina ili drugog subjekta ako je ono povrijeđeno i nadalje ostaje nezaštićeno. Jer, ako je akt javne uprave nezakonit a nije otklonjen pravnim sredstvima u upravnom postupku ne uklanja ga iz pravnog poretka ni skupština, ni nevladin sektor ni javna riječ. I ne samo to, imamo situaciju da je pravo stranke ugroženo ili nije ostvareno a da javna uprava uopšte

nije donosila bilo kakav akt a bila je dužna da ga donese (ćutanje uprave, ili ćutanje administracije). Tada se nameće potreba da se pravnim sredstvima javnopravni organ prvo natjera da prekine ćutanje a zatim donese zahtijevani akt.

e) Konaćno se dolazi do trećeg subjekta, nezavisnog od uprave, i samostalnog u odnosu na druge granu vlasti i koji je uz to ispunjava uslov stručne kompetentnosti, koji može da u punom obimu zaštiti pravo stranke kako od sprovedene aktivnosti javnopravnih organa tako i njenog zadržavanja aktivnosti (ćutanja). I sa ovlašćenjem da sam uzme stvar u svoje ruke i riješi stvar iako je ona u nadležnosti uprave i time u potpunosti zaštiti pravo stranke. Taj treći je nadležni sud u postupku koji se naziva upravni spor. U crnogorskom pravnom sistemu upravni spor je organizovan na naćin da upravni spor rješavaju Upravni sud Crne Gore i Vrhovni sud Crne Gore.²

U daljem izlaganju predmet je upravni spor koji se razmatra sa stanovišta praktićnog i teorijskog gledišta.

Kontrola putem upravnog spora

Ako se uporedi sa klasićnim procesnim pravima kao što su to građansko i krivićno pravo, procesni institut upravnog spora je istorijski posmatrano relativno novija grana pravno uređenog postupka i javlja se u drugoj polovini devetnaestog vijeka. Sa stvaranjem savremenijih obrisa države i prelaska podanika u svojstvo građanina, sa poćetkom afirmacije i razvoja prava i sloboda građanina i diferencijacijom pojedinih grana vlasti u državi otvorilo se u poćetku u pojedinim evropskim državama pitanje zaštite prava građana kao i drugih nedržavnih subjekata od same države i mimo administrativne kontrole i administrativnog nadzora.

² ćlan 6 Zakona o upravnom sporu, kojeg je Skupština Crne Gore donijela 30. jula 2016. godine

Neke zemlje našle su izlaz dajući redovnim sudovima u zadatak da po opštim pravnim pravilima cijene dali je uprava postupala saobrazno zakonu (anglosaksonski sistem). Druge su ovaj zadatak povjerile posebnim sudovima i po posebnom postupku, smatrajući da redovni sudovi ne treba da vrše ovu funkciju. Francuska je bila prva zemlja koja je stvorila posebne organe i poseban postupak za pravnu kontrolu upravnih akata. Stvorila je posebno upravno sudstvo za zaštitu javnih prava građana i kontrolu uprave. Ovi sudovi dobili su u zadatak da raspravljaju sporove između građana i javne uprave, odnosno upravne sporove (francuski sistem). Ostale zemlje, rješavale su problem zakonitosti rada uprave u zaštiti određenih prava građana po ugledu na Francuski (Njemačka, Austrija) ili anglosaksonski sistem (skandinavske zemlje), prilagođavajući ga svojim potrebama i uslovima, ili stvarajući mješoviti sistem (Italija).

U Crnoj Gori, bar formalni pravni embrion o kontroli upravnih vlasti javlja se sa početkom dvadesetog vijeka. Ustavom Crne Gore iz 1905. godine i Zakonom o uređenju Državnog savjeta³ od 29. juna 1906. godine, dato je Državnom savjetu u nadležnost da rješava žalbe protiv ministarskih rješenja u spornim administrativnim pitanjima. Rješenja koja je donosio Državni savjet bila su obavezna za ministre. Državni savjet Crne Gore bio je po ustrojstvu kopija srpskog Državnog savjeta.

Upravni spor kao pravni institut zaštite prava

Dakle, upravni spor je institut obezbjedjenja zakonitosti rada javne uprave kada ona vršeci svoje poslove svojim aktima odlučuje o pravima, obavezama i pravnim interesima subjekata koji su nosioci prava i obaveza iz oblasti upravnog prava u postupku koji se označava kao upravni postupak.

³ Zakon o uređenju Državnog savjeta od 29. juna 1906. godine

Subjekat (stranka) na koju se doneseni akt javne uprave odnosi može smatrati da joj pravo koje je tražila po zakonu pripada i da je njen zahtjev aktom organa javne uprave neosnovano odbijen. Isto tako, stranka može smatrati da joj po zakonu ne pripada aktom nametnuta obaveza, ili da postoji takva obaveza ali je ista neosnovano nametnuta u većem obimu ili da se cilj propisa na osnovu kojeg je nametnuta obaveza mogao ostvariti blažom ili manje restriktivnom mjerom koja je stajala na raspolaganju javnopravnom organu čime bi bio povrijeđen princip srazmjernosti (proporcionalnosti) u odlučivanju. U svakom od ovih slučajeva stranka može smatrati da je takvim aktom donijetim u upravnom postupku povrijeđen zakon na njenu štetu.

Nasuprot njenom shvatanju javnopravni organ koji je donio akt smatra da je pravilno primijenio zakon kada je donio akt sa kojim je stranka nezadovoljna.

Na ovaj način između javnopravnog organa kao donosioca akta i stranke na čija prava i obaveze se taj akt odnosi *dolazi do spora* u pogledu shvatanja o pravu, odnosno obavezi stranke - dolazi se do pravno uređenog postupka koji se naziva *upravni spor*. U takvom sporu sada imamo jasno diferencirane dvije stranke, tužioca koji je nezadovoljan aktom i koji podnosi tužbu i tuženog organa koji je donio akt. Međutim, podnošenjem tužbe može da se dira (da se zadire) u pravne interese nekog trećeg lica koje nije ni tužilac ni tuženi. To je treće lice se naziva zainteresovano lice, koje ima pravo da se umiješa u spor i štiti svoje pravne interese stičući na taj način položaj stranke u upravnom sporu sa svim pripadajućim procesnim pravima stranke. Na taj način u upravnom sporu stranke su tužilac i tuženi, kao i zainteresovano lice ako u konkretnom slučaju ono postoji.

Dolazi se do toga da je upravni spor sredstvo odnosno pravni put putem kojeg stranka koja je nezadovoljna primjenom zakona u konkretnom slučaju dolazi do zaštite svog prava i pravnog interesa ako su oni po shvatanju stranke

povrijeđeni. Ako se pak utvrdi da je osporeni akt pravilan i zakonit sud nadležan za rješavanje upravnog spora tužbu će odbiti kao neosnovanu. Kada pak utvrdi da je tužba osnovana, usvaja tužbu i poništava pobijani akt sa pravnom posledicom poništaja - da se ima smatrati kao da akt nije ni donošen (ex nunc dejstvo).

Sama činjenica postojanja instituta upravnog spora kao spora o zakonitosti rada uprave sama po sebi djeluje preventivno. Jer, u postupku donošenja akta službeno lice javnopravnog organa koje utvrđuje činjenično stanje i primjenjuje materijalne i procesne propise, prati svijest o mogućnosti da taj akt može biti izložen sudskoj kontroli zakonitosti i proglašen nezakonitim što može biti i intezivna opomena o potrebi da se donose zakoniti akt.

Zahtjev stranke da joj se prizna neko pravo ili da se oslobodi neke obaveze može se ostvariti jedino ako nadležni javnopravni organ donese odgovarajući akt, odnosno sprovede drugu upravnu aktivnost, jer se jedino njegovim donošenjem, odnosno sprovođenjem, za stranku stvara nova pravna situacija proistekla iz njenog zahtjeva. Donošenjem akta stvara se mogućnost njegove realizacije u život i time provođenja promjena u pravima ili obavezama stranke na koju se akt odnosi.

Međutim, ako bi bilo pravilo da je tek donošenje upravnog akta, odnosno sprovođenje druge upravne aktivnosti, uslov za ostvarenje njenog prava, stranka ne bi imala punu zaštitu jer događa se da javnopravni organ kojem je stranka podnijela određeni zahtjev bude neaktivan, da se ne drži propisanih rokova za donošenje akta ili može da ne donosi bilo kakav akt i tada se kaže da *javnopravni organ ćuti*. Zbog toga se putem upravnog spora *tužbom zbog ćutanja uprave* (ili ćutanja administracije) omogućava stranci zaštita od neaktivnosti uprave, od njenog pasivnog odnosa prema obavezama postupanja. Može se opravdano tvrditi da u postupcima koji se pokreću po zahtjevu stranke pravo stranke je više ugroženo

ćutanjem uprave nego kada se donese akt kojim je povrijeđen zakon na štetu stranke. Ovo sa razloga što u slučaju donošenja akta stranka može da koristi pravna sredstva i da aktivno štiti svoja prava. Kod ćutanja uprave pak, stranka nema na raspolaganju akt i tada praktično mora da vodi dva postupka, i to prvi, da se natjera organ da donese akt, pa zatim drugi u kojem se donosi zahtijevani akt i tek nakon toga da koristi pravna sredstva ako je nezadovoljna donesenim aktom.

Nadalje, uvažavanjem tužbe i poništajem osporenog akta sa vraćanjem predmeta na ponovni postupak ne iscrpljuje se mogućnosti sudske zaštite prava stranke. Upravno sudstvo u pravcu zaštite stranke ima zakonsku mogućnost (a u određenim procesnim situacijama i dužnost) da u meritumu riješi sporni odnos (spor pune jurisdikcije). Tada sud presudom rješava predmet spora u cjelosti, takva presuda u svemu zamjenjuje akt javnopravnog organa, nakon čega se upravno-sudski postupak okončava i tada se izvršava presuda suda.

U uporednom pravu diferencirana su u bitnom dva sistema kod propisivanja opsega i širine do koje dopire sudska kontrola javnopravnog odlučivanja putem upravnog spora.

Prvi sistem je sistem generalne (opšte) klauzule koji znači da se protiv svih akata javne uprave, kojima je u upravnim stvarima odlučivano o pravima, pravnim interesima i obavezama stranke može pokrenuti i voditi upravni spor.

Drugi sistem je sistem enumeracije (nabrajanja) kada se propisuje protiv koje vrste akata i protiv kojih javnopravnih organa se može voditi upravni spor. Van tih izričito nabrojanih upravni spor je isključen. Takvim sistemom mogu ostati van kontrole zakonitosti i čitave upravne oblasti. Nije teško izvesti zaključak da ovaj sistem postoji u manje demokratskim ili nedemokratskim sistemima, odnosno sistemima sa nižim stepenom zaštite ljudskih prava i sloboda i ograničenog

djelovanja pravne države. U sadašnjem vremenu u evropskom upravnom prostoru ovaj sistem je napušten.

Crnogorski sistem sudske zaštite u upravnom sporu utemeljen je na sistemu generalne klauzule koji znači da ne postoje ograničenja u upravnim stvarima koje su izuzeti od sudske kontrole u upravnom sporu. Protiv svih upravnih akata javnopravnih organa kao i akata ovih organa nastalih sprovođenjem drugih upravnih aktivnosti u upravnim stvarima propisanih zakonom, stranka na koju se akt odnosi, ako smatra da su povrijeđena njena prava i pravni interesi, može tužbom kod nadležnog suda u upravnom sporu inicirati postupak preispitivanja zakonitosti tih akata. I ne samo protiv donesenih akata, već i kada izostane akt zbog neaktivnosti javnopravnih organa (čutanje uprave).

Izuzetak, kada je članom 23 sada važećeg Zakona o upravnom sporu u dva slučaja isključen upravni spor ne dovodi u pitanje sistem opšte, generalne klauzule u propisivanju upravnog spora. Jer, u prvom slučaju (iz tačke 1 ovog člana) sudska zaštita je obezbijedena van upravnog spora u drugom sudskom postupku. Sasvim je razložno da se ne može dozvoliti paralelizam sudskih nadležnosti o istoj stvari pa da stranka optira i bira kom sudu da podnosi tužbu.

U drugom slučaju (iz tačke 2 ovog člana) isključenje upravnog spora odnosi se na akte koje donosi Skupština Crne Gore i Predsjednik Crne Gore na osnovu *neposrednih ustavnih ovlašćenja* propisanih Ustavom Crne Gore. Time se ne isključuje upravni spor kada ovi subjekti donose druge akte na osnovu zakona, opšteg akta i drugih propisa, dakle kada donose akte koji nemaju osnov u neposrednim ustavnim ovlašćenjima. Stoji kao činjenica da je u teoriji upravnog prava sporna pravna priroda akata koje Skupština i Predsjednik države donose na osnovu neposrednih ustavnih ovlašćenja. Međutim, nebi trebala da bude sporna činjenica koja se ogleda u tome što bi izlaganje ovih akata upravnom sporu i procedurama upravno-sudskog postupka koje imaju svoju

logiku trajanja postupaka koje se mjeri mjesecima objektivno vodilo sprječavanju pravovremenog i efikasnog ostvarivanja najvažnijih državnih poslova i zadataka (mjere ekonomske politike, socijalne politike, odbrane države, mjere kojima se ostvaruje spoljna politika i tako dalje i tako dalje). Ili, primjera radi, Predsjednik države ima ustavom utvrđeno ovlaštenje da daje pomilovanje osuđenih lica pa bi bilo pravno apsurdno da se akt o pomilovanju pobija u upravnom sporu, riječ je jednostavno o pravno nenapadljivom aktu. Upravo u tome treba sagledati društvenu i pravnu razložnost da se u slučajevima primjene neposrednih ustavnih ovlaštenja od strane Skupštine i Predsjednika isključuje upravni spor što je pravilo i u evropskom upravnom prostoru. Ali ne samo iz ovih razloga. Jer, treba strogo razdvojiti *upravnu stvar*, koja jedino može biti predmet upravnog postupka i upravnog spora, od *političke stvari*. Ali, ovo pitanje može biti predmet neke druge teme, odnosno posebne stručne studije.

Korelacija upravnog spora sa stanjem pravne države

Širina kontrolisanog djelovanja države (javno-pravnih organa) u svom djelovanju prema konkretnim pravnim subjektima - fizičkim, pravnim licima i drugim strankama u regulaciji njihovih prava, pravnih interesa i obaveza, u upravnim stvarima, i kvalitet takve kontrole sa stanovišta položaja ovih subjekata kao stranke u upravnom postupku i posljedično u upravnom sporu upravo odslikavaju stepen demokratskog stepena razvoja društva i stanje onoga što se shvata pravnom državom. Ovakav stav se najbolje može sagledati na praktičnom i nespornom primjeru Crne Gore u kontekstu činjenice da je bila decenijama sastavni dio bivšeg širokog društvenog i političkog prostora, kao republika u sastavu nekadašnje Jugoslavije u okviru koje je u bitnom važio jedinstveni upravno pravni sistem.

U početnim godinama nakon drugog svjetskog rata, dakle odmah posle 1945. godine i pored relativno razvijenog Zakona o opštem upravnom postupku koji je bio utemeljen na tradiciji austrijskog upravnog postupka, realni položaj građanina u upravnom postupku odražavao je postojeću sraslost političke ideologije i pravnog sistema. U tom vremenskom periodu revolucionarni karakter vlasti nije ni razmatrao mogućnost institucionalne kontrole vlasti putem kontrole sudske vlasti, odnosno putem upravnog spora.

Usljed takve sraslosti jednopartijskog sistema vlasti, politike i ideologije, nosioci upravne javnopravne vlasti nastupali su prema građaninu sa pozicije vlasti, kao neko ko je sa jačom voljom, u čijoj osnovi djelovanja je bilo miješanje ideologije, cjelishodnosti, arbiternosti i zakonitosti. Uprava je bila prožeta politikom i ideologijom od vrha do dna. Građanina je pratila svijest kada se obraća upravi sa nekim zahtjevom, da se obraća nekom od čije volje i nahođenja zavisi dali će ostvariti neko pravo, a ne od toga što mu je traženo pravo priznato zakonom.

Iz tog vremena, u godinama neposredno poslije drugog svjetskog rata, podnesci koji su bili naslovljeni kao molba, kojima se građanin obraćao upravi na kraju podneska sadržavali su obaveznu rečenicu, kao parolu: "Smrt fašizmu, sloboda narodu" čime je građanin potvrđivao svoj ideološki odnos prema vlasti. Uz to, građanin bi na kraju molbe ispred svog imena obavezno upisivao: "zahvalan" ili "unapred zahvalan" a bilo je raširena i upotreba izraza "učtiv."

Ovakvo izražavanje zahvalnosti ili učtivosti upravo odslikava položaj građanina u odnosu na vlast i odnos vlasti prema građaninu, gdje za građanina nije bitno što mu zahtijevano pravo pripada, već je bitno da ga prati svijest da se obraća vlasti, kao nekom kome se moliti. Takvu vlast ne prati institucionala već jedino politička kontrola. Nakon ovog perioda u fazama daljeg razvoja jugoslovenskog društva nakon pedesetih godina prošlog vijeka, polako i politički obazrivo,

popuštaju političke stege iz predhodnog perioda i dolazi do realnog poboljšanja građanina u upravnom sistemu. Posljedično, iste društvene i političke okolnosti su diktirale su i razvoj sudske kontrole uprave.

Upravni spor u bivšem jugoslovenskom pravnom sistemu uveden je 1952. godine, dakle sedam godina nakon drugog svjetskog rata donošenjem Zakona o o upravnim sporovima⁴.

Jugoslavija je bila prva socijalistička zemlja koja je uvela ovaj spor. I druge socijalističke zemlje uvode sličnu sudsku kontrolu - Rumunija juna 1967. godine, Bugarska jula 1970. godine, ili se pripremaju da ga donesu. Nakon toga u sljedećem periodu javljaju se obrisi instuticionalnog djelovanja i pravne kontrole nosioca javnih ovlašćenja, ali sve je to bilo daleko od onoga što se naziva pravno djelovanje države jer je to realno onemogućavao jednopartijski sistem vlasti i sraslost politike i ideologije sa državnim organima i drugim subjektima vlasti. Ako se prati obim i način kontrole zakonitosti putem upravnog spora zapaža se ista konstanta. Zakon o upravnim sporovima iz 1952. novelisan je više puta i bio je zasnovan na sistemu enumeracije (nabranjanja) čime su izostajali od mogućnosti zaštite putem upravnog spora čitavi sektori javne uprave. Zakonom je bila isključena mogućnost vođenja upravnog spora ne samo protiv akata visokih državnih organa i nosioca vlasti nego i lokalnih organa i nosioca vlasti. Široka je bila lepeza akata protiv kojih je bio isključen upravni spor jer je isključenjem upravnog spora šticećen politički monopol nosioca vlasti čime je bio široko otvoren prostor za miješanje zakonitosti, cjelishodnosti i odlučivanja po nahodanju.

Istovjetno, kao i kod upravnog postupka, sa razvojem društva i slabljenjem političkih i ideoloških stega i povećanjem demokratičnosti u širem smislu, sistem enumeracije je smanjivan, sužavan je krug javnih organa i nosioca upravnog

⁴ "Službeni list FNRJ", br.23/52

odlučivanja protiv čijih akata je zakonom bio isključen upravni spor, naročito posle donošenja Ustava iz 1974. godine. Može se konstatovati, da se u završnim godinama postojanja bivše jugoslovenske države mogućnost vođenja upravnog spora bila približila sistemu generalne (opšte) klauzule u propisivanju prava na upravni spor.

Ilustrativno je kako je u prvom, posleratnom opisanom periodu politika i ideologija bila srasla ne samo sa nosiocima vlasti, nego i sa naučnim radovima iz upravnog prava iz tog vremena. Navodimo kako je jedan visoko priznati teoretičar, akademik, naučno objašnjavao stav da se akti visokih javnih tijela i njihovih rukovodioca ne trebaju izlagati sudskoj kontroli zakonitosti u upravnom sporu. On piše: "Da ti ljudi imaju takav ugled i povjerenje u narodu da nema potrebe i razloga da se protiv akata koji oni donose vodi upravni spor." Da bi se imao pravilan stav prema ovom teoretičaru upravnog prava mora se kazati da je zaista bio veoma značajan i visoki poznavalac i teoretičar upravnog prava (kada su bile u pitanju stvari koje nijesu bila u doticaju sa političkim i ideološkim momentima). U svakom slučaju, stvari ne treba posmatrati istrgnuto, izvan konteksta vremena o kome je riječ. Jer, ni on kao ni brojni autori ne samo iz oblasti upravnog prava već i iz drugih oblasti iz tog vremena ne mogu se danas posmatrati istrgnuto, van konteksta vremena u kom su djelovali. Inače, ako se ličnosti i događaji iz prošlosti izmjestite iz vremena u kom su djelovali ili se dogodili, i smjeste u vrednosne sudove drugih, docnijih vremena, nekada postoji mogućnost nepravilne ocjene o njima.

Današnji relikti čiji je korijen u predhodno opisanom vremenu

U današnjem vremenu kada je Crna Gora izašla iz nekadašnjeg jugoslovenskog pravnog sistema kao nezavisna i samostalna država, u potpuno izmijenjim okolnostima, u

parlamentarnom sistemu podjele vlasti koncept javne uprave temelji se na bitno drukčijem sistemu. U tom sistemu politika i ideologija bi morala biti potpuno izopštena iz djelovanja javnopravnih organa, sa zahtjevom da se promovišu pravni principi i pravni standardi *zajedničkog evropskog upravnog prostora*. Pod zajedničkim evropskim upravnim prostorom podrazumijeva se korpus načela, pravila i principa koji se na jednak način primjenjuju u svim zemljama određene društvene integracije. Njihov imenitelj je da javna vlast više ne predstavlja vlast u klasičnom vidu pojma vlasti već servis u službi građana i privrednih subjekata a građanin korisnik i naručilac usluga javne uprave.

Međutim treba biti realan. Proces pravne emancipacije kako javne uprave tako i građanina i promjena svijesti koja bi bila prilagođena novim vremenima je ipak proces koji traje. Ustavno - pravne, zakonske i brojne druge reforme imaju svoj normativni i realni aspekt. Promjene u legislativi su samo jedan od aspekata reformi i to je lakši dio reformi. Ali prava i stvarna reforma je ona reforma u realnom i stvarnom životu i to je onaj najteži i najbolniji momenat reformi i promjena.

Kao relikat svijesti iz onih predhodnih vremena o čemu je predhodno pisano i danas se srijećemo kada se građanin obraća javnoj upravi *sa molbom*. Čak se susrećemo i da građanin na kraju podneska kojim se obraća upravi ispred svog imena upiše "unaprijed zahvalan."

Zakon o upravnom postupku, kako ranije tako i aktuelni zakon ne poznaje institut molbe. Zakon poznaje jedino *zahtjev stranke* koji stranka podnosi javnopravnim organima radi ostarivanja nekog prava ili da bude oslobođena neke obaveze. Međutim stranke i danas u brojnim slučajevima i nadalje podnose *molbu*. Ovdje je zapravo u pitanju relikat svijesti kod građanina da se ne obraća javnopravnom organu koji je u funkciji zaštite ostvarivanja njegovih prava i pravnih interes, već da se obraća vlasti, kao nekom kome se moliti.

Građanin (kao stranka) u upravnom postupku nema nikoga da moli, on nema da se nikome zahvaljuje, on ima zakonom utvrđena prava i obaveze a javnopravni organ ima zakonom utvrđenu dužnost da u zakonito sprovedenom postupku rješava prava i obaveze i za to prima platu od svog poslodavca (države, lokalne uprave ili drugog javnopravnog subjekta). I tu je kraj objektivnoj i subjektivnoj vezi javnopravnog organa i stranke.

Imamo i slučajeva da se i u zakonodavnoj aktivnosti propiše da građanin u određenim stvarima treba da podnese molbu. To je nekada inercija prema molbi o čemu je predhodno bila riječ ali u suštini to je posljedica nedovoljnog poznavanja pravila upravnog postupka po ovom pitanju. Ali i tada se ima smatrati da je stranka podnijela zahtjev bez obzira kako ga je naslovila odnosno nazvala. Jer, nikada nije bitno kako je stranka u upravnom postupku formalno označila i nazvala svoj podnesak već je jedino odlučno što stranka zahtijeva, što predlaže ili čime je nezadovoljna.

Nadalje, ne izostaje u pojedinim slučajevima naslijeđeni relikv da javnopravni organ i nadalje polazi od političkih i ideoloških pozicija. Stoga je depolitizacija javne uprave neophodno nužan proces jer suprotno od toga vodi podrivanju samih temelja pravne države. Samo na vrhu upravne piramide uprave mogu biti političke ličnosti ali i to treba pokušati izbjeći. Ali na svim drugim nivoima rješavanja prava i obaveza stranaka u upravnom postupku neophodno nužno treba da budu jedino stručno osposobljeni i samostalni i u samom djelovanju depolitizovani nosioci posla koji će svoju političku volju ispoljavati i iskazati samo na jednom mjestu - na biračkom mjestu prilikom glasanja. Jedino stručnost, profesionalnost u radu i depolitizovanost nosioca odlučivanja u upravnim stvarima mogu biti garancija zakonitosti. Odlučivanje u upravnim stvarima motivisano političkim uticajem kod građana izaziva nepovjerenje u pravnu državu i

podriva temelje pravnog sistema. Upravni spor bi trebao da bude snažna brana od ovakvih pojava.

Širenje opsega zaštite putem upravnog spora u novim uslovima

Sve do donošenja sadašnjeg Zakona o upravnom sporu iz jula 2016. godine⁵ upravni akt je bio jedini objekat upravnog spora i isključivi instrumenat djelovanja javne uprave. U tradiciji upravnog postupka i upravnog spora je bilo pravilo da se upravna stvar nije mogla posmatrati van upravnog akta (rješenja). Odnosno, u slučajevima nedonošenja upravnog akta ni ćutanje uprave se nije moglo posmatrati van dužnosti javnopravnog organa da treba donijeti upravni akt. Inplementirajući pravne standarde evropskog upravnog prostora koji se primjenjuju u državama određenih evropskih integracija radi kvalitetnije zaštite prava i pravnih interesa građana i brojnih drugih pravnih subjekata u upravnom postupku Zakon o upravnom sporu, posljedično zbog inovacija u Zakonu o upravnom postupku⁶, pored upravnog akta kao svoj predmet propisuje i *druge upravne aktivnosti*. Na ovaj način upravni akt više nije jedini i isključivi instrumenat djelovanja javne uprave u upravnim stvarima jer je pojam upravne stvari proširen i na druge upravne aktivnosti (upravni ugovor, zaštita korisnika usluga od opšteg interesa i dr.). Širenjem opsega upravne stvari i na *druge upravne aktivnosti*, kada su one propisane zakonom, koje postaju predmet upravnog spora, pod sistem kontrolisanog djelovanja javne uprave putem upravnog spora sada su stavljene široke oblasti djelovanja javne uprave. To su one pravne situacije iz oblasti upravnog prava u kojima javnopravni organi ne odlučuju donošenjem upravnog akta, već na drugi način utiču na prava,

⁵ koji se primjenjuje od 1. jula 2017. godine

⁶ takođe u primjeni od 1. jula 2017. godine

pravne interese i obaveze fizičkih, pravnih lica i drugih subjekata u kojim odnosima oni dobijaju položaj stranke sa svim pripadajućim procesnim pravima stranke u upravno-procesnom smislu. Na taj način se dolazi do toga da određeni krupni sistemi službi od opšteg interesa koji po prirodi svoje djelatnosti u ostvarivanju svojih poslova ne vode upravni postupak i ne donose upravne akte, sada se preko *drugih upravnih aktivnosti* uvode u sistem upravnog postupka i upravnog spora i time posljedično i u sistem njihovog kontrolisanog djelovanja. Jer, njihovim djelovanjem se u brojnim životnim situacijama na drugi način utiče na prava i pravne interese fizičkih, pravnih lica i drugih stranaka.

Osim toga, shodno konceptu drugih upravnih aktivnosti, kod određene vrste ovih aktivnosti (kod upravnog ugovora) dolazi se i do toga da je napušten klasični i osvještali princip upravnog postupka da je odnos između organa uprave i stranke odnos autoritativnosti, u kom odnosu organ rješava o pravu stranke jednostrano, gdje nema dogovaranja i pogađanja organa i stranke o sadržini rješenja. Kod upravnog ugovora i sam javnopravni organ je stranka koji sa drugom strankom dogovorno, sporazumno uređuju međusobna prava i obaveze. Ovo je posljedica novog, savremenog shvatanja o javnoj upravi koja treba da afirmiše odnos sa građaninom kao odnos saradnje i socijalne regulacije u kom odnosu je javna uprava partner građaninu u službi ostvarivanja njegovih prava.

Međutim odmah treba ukazati na nespornu pravnu činjenicu. I pored uvođenja drugih upravnih aktivnosti kao predmeta Zakona o upravnom postupku i posljedično Zakona o upravnom sporu, nema sumnje i dileme o tome, da će i na dalje upravni akt biti centralni dio predmeta upravnog postupka i upravnog spora s obzirom na rješavajući karakter uprave stvari kod upravnog akta. Preko upravnog akta ostvaruje se dominantno polje djelovanja javne uprave. Jer, nema nikakve sumnje da će i na dalje upravni akt (rješenje) biti najvažniji pravni mehanizam ostvarivanja uloge javne

uprave kao pretežnog dijela izvršne vlasti u sistemu podjele vlasti. Jer, upravnim aktom, javnopravni organi neposrednom primjenom propisa, u upravnim stvarima, konkretizuju individualne pravne situacije pravnih subjekata (stranaka) kada oni ostvaruju svoja prava i pravne interese, ili im se saglasno propisima nameću dužnosti i obaveze, u upravnim stvarima. Ili, kada je to propisano, potrebno zaštititi javni interes kao pretežni interes društvene integracije.

Odnos upravnog spora i principa podjele vlasti

U sistemu podjele vlasti upravni spor znači miješanje jedne grane vlasti - sudske vlasti u poslove druge grane vlasti - javne uprave. Ovdje se javlja jedno praktično i teorijsko sporno pitanje koje potencijalno nosi kontrola zakonitosti djelovanja jedne grane grane vlasti od strane druge. Nije sporno da se ustavni koncept trojne podjele vlasti temelji na uzajamnoj ravnoteži i međusobnoj kontroli vlasti i to na način utvrđen ustavom i na ustavu zasnovanim zakonima čiji su predmet odnosi između zakonodavne, izvršne i sudske vlasti. Nije sporna društvena i pravna potreba da se putem *spora o zakonitosti* u upravnom sporu od strane suda uklanjaju iz pravnog poretka akti javne uprave i stvar vraća na ponovni upravni postupak radi otklanjanja nedstataka i nezakonitosti i donošenja novog, zakonitog akta i pri čemu su izraženo pravno shvatanje i primjedbe suda u pogledu postupka iz presude obavezujući.

Za razliku od *upravnog spora o zakonitosti*, kojim se samo deklariše nezakonitost iza kog slijedi novi postupak, *kod spora pune jurisdikcije* sud uzima u svoje ruke rješavanje same upravne stvari i donosi presudu koja u svemu zamjenjuje akt javne uprave, nakon čega se postupak gasi a presuda suda je predmet izvršnog postupka. Naglasiti je, da je i spor pune jurisdikcije takoođe spor o zakonitosti jer se i u ovom sporu deklariše nezakonitost ospornog akta ali sa ovlašćenjem suda

da sam riješi stvar. Podjela upravnog spora na *spor o zakonitosti i spor pune jurisdikcije* je teorijsko-praktična podjela da bi se napravila razlika između ovlaštenja suda pri rješavanju upravnog spora.

Sporno pitanje se odnosi na spor pune jurisdikcije a koje proizilazi iz sljedećih činjenica.

U sistemu podjele vlasti sama upravna vlast kao pretežni dio izvršne vlasti unutar same sebe sadrži takođe organizovanu podjelu upravne vlasti na različite segmente vlasti radi obavljanja vrlo široke mreže svojih djelatnosti. Ti poslovi imaju svoj zakonski izraz kao stvarna nadležnost javnopravnih organa, kao pravo i dužnost organa da obavljaju unaprijed zakonom ili drugim propisom predviđenu vrstu poslova upravno pravne prirode. Stvarna nadležnost se ne može prenositi dogovorom organa javne uprave niti dogovorom sa strankama. Ovdje se otvara pitanje obima i širine opsega primjene upravnog spora pune jurisdikcije.

U nekim praktičnim i teorijskim raspravama kao i na pojedinim stručnim raspravama na organizovanim seminarima ne rijetko se iznose mišljenja da sud u upravnom sporu treba da veoma široko i gotovo kao pravilo rješava punom jurisdikcijom. Ovakvo stanovište je motivisano potrebom da postupak traje što kraće i da stranka što prije dođe do zaštite i ostvarivanje svog prava. Ne sporeći nespornu potrebu za efikasnim i ekonomičnim postupkom i potrebu za bržom i efikasnijom zaštitom prava stranke, ovakva mišljenja ipak ne sagledavaju po dubini institut upravnog spora. Na ovom mjestu se neće ukazivati samo na nemogućnost pune jurisdikcije (meritornog presuđenja) u onim stvarima kada je *priroda stvari* prepreka za ovakav vid odlučivanja, kada presuda suda prosto ne može da zamijeni akt uprave. Na primjer, ako se upravni spor vodi povodom zahtjeva za izdavanje lične karte, vozačke dozvole ili pasoša, zatim za izdavanje raznih dozvola ili odobrenja, na primjer dozvole za držanje vatrenog oružja, presuda suda nikako ne može da

zamijeni zahtijevane isprave; ili kada su organi uprave na osnovu zakona ovlašćeni da donose akte po slobodnoj ocjeni (diskrecioni upravni akti). Ima još brojnih situacija kada *priroda stvari* ne dozvoljava mogućnost meritornog presuđenja. Ovdje je riječ o širem aspektu i ustavno-pravnom odnosu upravnog spora putem pune jurisdikcije i podjele vlasti u sistemu vlasti. Jer, preširoko i masovno presuđivanje od strane suda o samoj stvari vodilo bi tihoj eksproprijaciji stvarnih nadležnosti organa javne uprave i njihov prelazak u nadležnost suda, što nije intencija i duh upravnog spora.

Po definiciji upravni spor je ipak samo kontrola zakonitosti rada uprave, pa bi se postavilo pitanje zašto postoje različite stvarne nadležnosti organa uprave kada bi sporne stvari masovno završavale rješavanjem od suda. Masovna primjena pune jurisdikcije vodila bi latentnom miješanju ili konfuziji vlasti da ne kažemo do jedinstva sudske i upravne vlasti što je daleko ne samo od razloga postojanja instituta upravnog spora već je u direktnoj koliziji sa Ustavom. Jer konkretno Ustav Crne Gore se ograničava na to da se odnos vlasti zasniva na međusobnoj kontroli i ravnoteži i da se jamči sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata. Ovo pitanje komplikuje i novi koncept aktuelnog Zakona o upravnom sporu koji donosi novo zakonsko rješenje koje nije bilo poznato u tradiciji njegovog propisivanja. Do pojave ovog novog koncepta uvijek je primjena pune jurisdikcije bila fakultativna, dakle sud je mogao ali nije bio obavezan da presudom rješava stvar i time prekida svaki dalji postupak. Uz to, u upravno-sudskoj praksi sud je rijetko potezao sa punom jurisdikcijom i po pravilu upravni spor se svodio na spor o zakonitosti.

Sada je čl. 36 stav 3 Zakona o upravnom sporu *propisana dužnost* Upravnog suda da meritorno riješi stvar kada se u istoj stvari drugi put podnosi tužba, kada to priroda stvari dozvoljava. Dakle, pored upravnog spora o zakonitosti, kada se tužba podnosi prvi put (i kada se takoođe *može*

rješavati punom jurisdikcijom) sada imamo i *dužnost* ovakvog vida odlučivanja kada se drugi put podnosi tužba u istoj stvari.

Na ovaj način se i na dalje i to još dublje proširuje problematika o kojoj je bilo riječi o tihom prelasku nadležnosti javne uprave u nadležnost suda u upravnim stvarima kada se nadležnost uprave prelijeva i okončava u sistemu vlasti kod druge grane vlasti - sudske vlasti. I ne samo to nego se otvara i jedan ne samo potencijalni već i praktično realni problem, kada se stvar rješava u ponovnom upravnom postupku kod javnopravnog organa, kada je osporeni akt presudom bio poništen i predmet vraćen na ponovni postupak. Taj novi problem može realno da poništi pozitivni potencijal kojeg institut upravnog spora nosi u sebi, a to je *preventivno dejstvo upravnog spora*. Jer, pri fakultativnosti pune jurisdikcije, javnopravnog organa prati svijest da njegov akt može biti izložen sudskoj kontroli i biti vraćen na ponovni postupak što dodatno motiviše javnopravni organ na aktivnost bilo kada donosi prvi put bilo drugi put akt nakom poništaja u upravnom sporu u istoj stvari. Sada, pri novom rješenju putem čl. 36 stav 3 Zakona o upravnom sporu kojim je propisana dužnost meritornog odlučivanja, može realno da se umanjuje a u pojedinim slučajevima izgubi dejstvo upravnog spora. Naime, prilikom donošenja novog akta u izvršenju presude javnopravni organ odnosno ovlašćeno lice koje vodi postupak i donosi akt može da prati svijest da mu se predmet *više ne može vraćati* na ponovni postupak jer nakon potencijalno nove tužbe Upravni sud ima obavezu da sam riješi stvar i da ova činjenica može uticati na kvalitet vođenja ponovljenog upravnog postupka.

Dakle, moglo bi doći do toga da upravni organ prevaljuje svoje obaveze koje proističu iz njegove stvarne nadležnosti na drugog - na Upravni sud. Ova kao i bilo koja druga napredna zakonska rješenja kao rezultat pozitivnog zakonodavnog motiva, nikada sama po sebi nijesu dovoljna. Potrebna je njihova dosljedna pravilna primjena u praksi sa sviješću

nosilaca javnopravnog odlučivanja da je njihov posao i zadatak zaštita i ostvarivanje prava i pravnih interesa građana i drugih subjekata i istovremeno zaštita javnog interesa kada je to zakonom propisano. Jer, valja ponoviti: promjene u legislativi su lakši dio posla, stvarna promjena u životu je onaj teži i bolniji dio svake promjene i reforme.

Rade BOJOVIĆ¹

**O NEKIM OBILJEŽJIMA
DRUŠTVA SA OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU**

Osvrt na noviju istoriju društva sa ograničenom odgovornošću

1. Pravni položaj društva sa ograničenom odgovornošću u jugoslovenskom Zakonu o preduzećima iz 1988. godine²

Jugoslovenski Zakon o preduzećima objavljen je u Sl.listu SFRJ 31. decembra 1988. god. da bi stupio na snagu 01. januara 1989. godine. Zakon je važio na cijeloj teritoriji SFR Jugoslavije pa je na osnovu njega započeo sistemski preobražaj jugoslovenske privrede. Primjena ovog zakona u Crnoj Gori je snažno podstakla razvoj privatnog biznisa i stvorila mogućnost da se kroz različite oblike poslovnog organizovanja realizuju raznovrsne preduzetničke ideje i projekti. Ovim zakonom je uređena mogućnost osnivanja društava sa ograničenom odgovornošću pri čemu su u okviru

¹ Autor je dipl.pravnik. Suvlasnik je pravno-konsultantskog privrednog društva „MEDIA“ DOO iz Podgorice koje već trideset godina domaćim i stranim kompanijama pruža usluge iz oblasti poslovnog prava.

² Skupština SFRJ je 29. decembra 1988. god. usvojila Zakon o preduzećima čime su udareni temelji tržišne ekonomije i slobodnog preduzetništva na cijelom jugoslovenskom području, uključujući samim tim i Crnu Goru. Zakon je bio jedan od stubova nove reformatorske ekonomske politike koju je vodila Federalna vlada Anta Markovića i u značajnoj mjeri je podstakao razvoj privatnog preduzetništva, poslovnih inovacija i istovremeno je omogućio da se jugoslovenska privreda iznutra počne integrisati i dinamizira spoljna trgovina. Zakon je imao 197 članova i po prvi put u socijalističkoj Jugoslaviji je omogućio snažno podsticanje privatne, strane i mješovite poslovne inicijative, pritom usvajajući tradicionalne forme statusnog organizovanja (dioničko-akcionarsko društvo, društvo sa ograničenom odgovornošću, komanditno društvo i društvo sa neograničenom solidarnom odgovornošću-ortakluk).

pet članova³ definisane specifičnosti ovog privrednog društva, dok su su ostali pravni odnosi u ovom društvu regulisani putem normi koje su jednako važile za sva mješovita i privatna preduzeća (način osnivanja, firma, sjedište, djelatnost, konstitutivni akti, položaj u pravnom prometu, način upravljanja i zastupanja, prokura, imovina, poslovne knjige itd.). Ovim realtivno podnormiranim odredbama su propisane glavne karakteristike društva poput: regulisanja visine uloga, odgovornosti ulagača – članova društva, odgovornosti samog društva, obavezno donošenje statuta ili pravila društva, prenosu udjela, povećanju kapitala – prikupljanje dodatnih uloga. Ovim zakonom su po prvi put u duhu kapitalističke privrede definisane pravne karakteristike društva sa ograničenom odgovornošću, koje će se sa manjim izmjenama zadržati i narednih decenija u različitim kompanijskim zakonima koji će se primjenjivati u Crnoj Gori. Predviđeno je da društvo stiče svojstvo pravnog subjekta upisom u sudski registar⁴, uređeno je poslovanje društva pod registrovanom firmom društva, definisana je odvojenost i imovinska odgovornost društva u odnosu na članove društva, uređen je osnovni kapital društva koji se formira na osnovu uloga članova društva, dopuštena je snažna unutrašnja autonomija društva ali i naglašena bitna komponenta ovog društva - *intuitu personae*. Ovdje je bitno naglasiti jednu relevantnu razliku u odnosu na kasnija pravna rješenja. Naime, ovim Zakonom je, za razliku od uobičajenog imovinskog tretmana članova društva u komparativnim pravnim sistemima, bilo atipično predviđeno da članovi društva odgovaraju za obaveze

³ Pravni položaj društva sa ograničenom odgovornošću je uređen odredbama Zakona koje su obuhvaćene čl. 104-108. Društvo je moglo da se osniva kao mješovito ili privatno preduzeće. Istovremeno, statutom društva je bilo omogućeno da se kreira autonomnost društva u pogledu: izbora naziva i sjedišta društva, visine osnivačkog uloga i odnosa između vlasnika, diobi dobiti i raspodjeli rizika, načinu upravljanja, prestanku društva i sl.

⁴ U Crnoj Gori se u vremenu kada je stupio na snagu federalni Zakon o preduzećima postupak registracije privrednih subjekata odvijao kod privrednih sudova u Podgorici i Bijelom Polju.

društva do visine svog uloga. Ovim specifičnim rješenjem su članovi društva bili u obavezi da, pored društva koje je za svoje obaveze odgovaralo cjelokupnom imovinom, i sami odgovaraju za obaveze društva do visine svojih uloga. Na ovaj način je društvo sa ograničenom odgovornošću sadržalo jednu karakteristiku koja je u pogledu imovinske odgovornosti članova društva djelimično podsjećala na položaj ortaka u ortačkom društvu lica. No, za razliku od ortaka koji za obaveze društva odgovaraju neograničeno i solidarno svojom ličnom imovinom, ovim rješenjem su *ex lege* članovi društva sa ograničenom odgovornošću trebali preuzeti ličnu imovinsku odgovornost do visine svojih uloga. Znači, nije se radilo samo o preuzetom riziku za uložena sredstva već je zakonodavac jasno normirao da se radi i o ličnoj odgovornosti za obaveze društva do visine uloga. Inače, ovo rješenje je u jugoslovenskoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi izazvalo niz nedoumica i različitih interpretacija, imajući u vidu doktrinarni tretman ove vrste društava⁵, kao i otvoreno pitanje da li odgovornost znači i solidarnu odgovornost prema povjeriocima tokom tekućeg poslovanja društva ili samo u momentu likvidacije i stečaja društva ili se pak radi o nespretnoj formulaciji gdje su jezički pomiješani izrazi odgovornosti i poslovnog rizika članova društva. Ali, nezavisno od ove specifičnosti, možemo konstatovati da je Zakon o preduzećima podstakao praktičan razvoj i dominaciju društava sa ograničenom odgovornošću u Crnoj Gori i istovremeno postao inspirativan pravni okvir za kasniji stručni napredak i ukupno snaženje crnogorskog privrednog prava.

2. Društvo sa ograničenom odgovornošću u Zakonu o preduzećima SR Jugoslavije u periodu od 1996-2002 godine

⁵ U međunarodnoj kompanijskoj pravnoj teoriji i zakonodavnoj komparativnoj praksi standardno rješenje je vezano za definiciju DOO kao privrednog društva gdje njegovi članovi ne odgovaraju za obaveze društva ali snose rizik za poslovanje društva do visine svog uloga.

Crnogorska poslovna praksa i privredno-pravni odnosi razvijali su se u periodu od 1989-1996 god. u skladu sa odredbama Zakona o preduzećima SFR Jugoslavije, da bi počev od juna 1996. god. stupio na snagu novi Zakon o preduzećima⁶ koji je donesen u parlamentu postjugoslovenske dvočlane političke zajednice (Srbija i Crna Gora) koja je osnovana u aprilu 1992. god. pod nazivom SR Jugoslavija. Ovaj zakon se primjenjivao u Crnoj Gori narednih šest godina i za razliku od prvobitnog jugoslovenskog zakona znatno detaljnije je uređivao pravni položaj društava sa ograničenom odgovornošću. Naime, ovim zakonom poglavlje o društvu sa ograničenom odgovornošću sadrži 59 članova kojima se uređuju brojni aspekti ovog društva. Tako da su detaljno uređeni brojni pravni odnosi: pojam društva, broj članova, akti društva, kapital i ulozi, posebna pravila za jednočlana društva, knjiga udjela, relacije između društva i članova, organi upravljanja i zastupanja, istupanje i isključenje iz društva, prenos udjela, primjena pravila o akcionarskim društvima na društvo sa ograničenom odgovornošću itd. Nema sumnje da je ovim zakonom napravljen znatan iskorak u pravcu regulisanja pravnog statusa društva sa ograničenom odgovornošću, što je uključivalo i regulisanje niza pravnih odnosa koji su od značaja za rad i poslovanje društva. Normativno su otklonjene brojne dileme koje su se u praksi nametale, olakšani su kompanijski sporovi, po prvi put su uvedeni instituti koje prethodni zakon nije poznao i sve u svemu napravljena je distanca u odnosu na podnormiran položaj društva u prethodnom zakonu. Ovim zakonom su u značajnoj mjeri regulisana pitanja koja su se prethodno postavila u privrednoj i sudskoj praksi, čime je pravni položaj društva uređen na cjelovitiji i iscrpniji način. Primjera radi, ovoga puta je ukinuto

⁶ Zakon o preduzećima u SR Jugoslaviji je donesen po uzoru na njemačko privredno pravo i predstavljao je obiman zakonski akt sa 450 članova. Zakon je često mijenjan, čak šest puta za šest godina.

rješenje o odgovornosti članova za obaveze društva do visine uloga, već je eksplicitno rečeno da je društvo osnivaju pravna ili fizička lica koja ne odgovaraju za obaveze društva a snose rizik za poslovanje društva do visine svog uloga⁷. Ovim zakonom je takođe propisan i broj članova koje društvo može imati⁸ i istovremeno je uređeno istupanje i isključenje iz društva⁹. Zakonom je predviđeno da član društva može istupiti iz društva iz opravdanih razloga, uz saglasnost ostalih članova društva, kao i da u slučaju da se ostali članovi društva ne saglase sa istupanjem člana iz društva, član koji istupa iz društva može protiv društva pokrenuti postupak pred nadležnim sudom. Takođe, predviđeno je da Skupština članova društva s ograničenom odgovornošću može, većinom od ukupnog broja glasova, isključiti pojedinog člana iz društva ako ne ispuni obaveze utvrđene ugovorom o osnivanju društva ili iz drugih opravdanih razloga. Pritom, ovo pravilo nije važno u slučaju dvočlanih društava. Bitno je još naglasiti da su član društva koji istupi iz društva, odnosno isključeni član društva imali pravo na naknadu procijenjene vrijednosti svog udela. Konačno, članstvo u društvu s ograničenom odgovornošću prestajalo je donošenjem pravnosnažne sudske odluke o isključenju ili istupanju, odnosno danom donošenja odluke o istupanju, odnosno isključenju, ako spor nije pokrenut. Sve u svemu, očigledno je da je ovim zakonom pravni položaj društava sa ograničenom odgovornošću u značajnoj mjeri normiran čime se izašlo u susret realnim privrednim potrebama, zahtjevima privrednih sudova i težnji da se nacionalno zakonodavstvo uskladi sa naprednom međunarodnom praksom. Ipak, ovaj zakon je kada se radi o osnivanju društava sa ograničenom odgovornošću od početka sadržio krupnu biznis barijeru jer je predviđao osnivački ulog u vrijednosti od 5.000 američkih dolara čime je realno

⁷ Član 332. Zakona o preduzećima SR Jugoslavije.

⁸ Društvo je moglo imati najviše 30 članova, shodno čl. 333 stav 3. Zakona.

⁹ Čl. 387-389 Zakona.

destimulisao privatnu inicijativu i razvoj mikro i malih preduzeća.

3. Društvo sa ograničenom odgovornošću u crnogorskom kompanijskom pravu

Crna Gora je donijela svoj prvi kompanijski zakon u februaru 2002. god. čime je prestala primjena Zakona o preduzećima SR Jugoslavije. Nepunih šest godina se u Crnoj Gori primjenjivao Zakon o preduzećima iz 1996. god. da bi se napravio radikalna konceptijski otklon od dotadašnje zakonodavne prakse jer je u duhu anglosaksonskog prava usvojen sistemski zakon pod nazivom Zakon o privrednim društvima. Za razliku od prethodnog zakona koji je bio inspirisan njemačkim pravom prvi crnogorski kompanijski zakon je neuporedivo kraći¹⁰ i uglavnom oslonjen na podsticanje statutarnog prava, odnosno autonomnog uređenja odnosa u privrednim društvima. Ovim zakonom je pružena šansa sudskom registru i privrednim sudovima da kroz svoju praksu rješavaju interne kompanijske dileme i sporove i time doprinose boljem razumijevanju pravne prirode privrednih društava i različitih unutrašnjih aspekata vezanih za različite oblike privrednih društava. Međutim, iako je ovaj nesumnjivo liberalan zakon uspio da, i pored pet izmjena i dopuna, opstane skoro 18 godina¹¹, činjenica je da cijelo vrijeme bio praćen kontroverznom i nedovoljnom sudskom praksom,

¹⁰ Zakon o privrednim društvima je imao 98 članova. Ipak, ovi članovi su sadržali brojne odredbe tako da je očigledna razlika između broja članova i stvarnog obima zakona. To se osobito može primijetiti kada je u pitanju regulisanje statusa akcionarskog društva.

¹¹ Relativno dugo trajanje ovog zakona ipak govori u prilog činjenici da je, bez obzira na sve normative i komparativne manjkavosti (odnos prema kontinentalnom evropskom pravu) i sporne institucionalne zahvate (ukidanje tradicionalnog sudskog registra i otvaranje registra privrednih subjekata kao odsjeka pri Poreskoj upravi), ovaj sistemski propis zaživio u privrednoj praksi i nesumnjivo omogućio podsticanje biznisa i doprinio nastavku ekspanzije društava sa ograničenom odgovornošću.

otklonjivim ali stalno prisutnim regulativnim manjkavostima¹², kao i spornim institucionalnim zahvatima. Poglavlje o društvu sa ograničenom odgovornošću sadržilo je 15 članova u okviru kojih su bila uređena slijedeća pitanja: pojam društva, članstvo u društvu, kapital, ulozi i udjeli, akta društva, promjene u društvu, organi društva, prenos udjela, analogna primjena odredaba o akcionarskim društvima i sl. Jedna od ključnih specifičnosti ovog zakona je bila i činjenica da je, za razliku od prethodnog zakona, normiran radikalno pristup finansijskim uslovima za osnivanje društva jer je bilo dovoljno imati jedan eur da bi se osnovalo društvo sa ograničenom odgovornošću. Ovim je u znatnoj mjeri podstaknuto osnivanje i razvoj društava sa ograničenom odgovornošću pa samim tim i domaća i međunarodna privatna inicijativa.¹³ Danas, nakon što je prošlo 18 godina primjene prvog Zakona o privrednim društvima evidentno je da je društvo sa ograničenom odgovornošću postalo apsolutno dominirajući i najpoželjniji oblik društva u Crnoj Gori.¹⁴ Nesumnjivo je da je, zahvaljujući stimulatvnom osnivačkom ulogu, brzom osnivanju društva (CRPS je bio dužan da za 4 dana registruje svakog privrednog subjekta), fleksibilnoj i najjasnijoj formi društva, društvo sa ograničenom odgovornošću postalo centralno i najvažnije privredno društvo u crnogorskoj privredi, koje u realnom sektoru zapošljava najveći broj ljudi i ujedno omogućava da se sa ograničenim rizikom podstiče i razvija privatni biznis i slobodno preduzetništvo. Kada se radi o konkretnim

¹² Tokom cijele primjene Zakona nije donesen adekvatan podzakonski akt kojim bi se jasno i nedvosmisleno uredila pravila registrovanja privrednih subjekata i time otklonila stalno prisutna haotična i neuniformna praksa u radu Centralnog registra privrednih subjekata.

¹³ Primjera radi, deset godina nakon donošenja zakona, od ukupno 23.788 poslovnih subjekata u Crnoj Gori koji su u CRPS evidentirani 2012. godine, bilo je 19.781 društava sa ograničenom odgovornošću (izvor: MONSTAT). Već tada je oko 83% privrednih subjekata u Crnoj Gori registrovano u formi društva sa ograničenom odgovornošću.

¹⁴ Broj poslovnih subjekata u Crnoj Gori je u 2019. god. iznosio 34.707 od čega je 29.954 mikro i malih preduzeća (oko 99%, od čega na DOO otpada ne manje od 95% preduzeća). Izvor: MONSTAT.

rješenjima, zanimljivo je da je, nasuprot prethodnom zakonskom normiranju odgovornosti osnivača, prvi crnogorski kompanijski zakon ponovo predvidio da osnivači društva odgovaraju za obaveze društva do iznosa svojih uloga.¹⁵ Međutim, ostaje nepoznato u kojoj je mjeri ovako redefinisana odgovornost osnivača društva imala odjeka u realnom privrednom životu i sudskoj praksi. S druge strane, ovim zakonom je, kao što smo već istakli, naglašena pravna autonomija i statutarna fleksibilnost članova društva, tako da su *de lege lata* izostala pitanja poput istupanja ili isključenja članova društva. Iz tih razloga osnivači društva su morali imati stručnu pomoć ukoliko su željeli da detaljnije statutarne urede odnose u društvu i time minimiziraju poslovne i pravne rizike u slučaju interkompanijskih sporova. Imajući u vidu trajanje ovog zakona i njegove zasluge za masovno osnivanje i razvitak društava sa ograničenom odgovornošću može se konstatovati da je ovim zakonom omogućeno da ovaj oblik društva postane asolutno dominirajući u crnogorskoj poslovnoj praksi.

4. Status društva sa ograničenom odgovornošću u evropskom pravu

Sekundarni izvori evropskog kompanijskog prava su: uredbе, direktive, odluke, preporuke i mišljenja, kao i odluke Suda EU. Pritom, valja konstatovati da ne postoji sistematsko i zaokruženo kompanijsko pravo na nivou Evropske unije ali su primjenjene brojne direktive¹⁶ koje su išle u pravcu harmonizacije evropskog privrednog prava. Od prve direktive prava o privrednim društvima iz 1968. godine pa sve do trinaeste kompanijske direktive (ponuda o preuzimanju

¹⁵ Član 64. stav 1. Zakona o privrednim društvima.

¹⁶ U periodu od osamdesetih godina pa do zadnje decenije donijeto je 13 direktiva kojima su uređena neka relevantna pitanja (npr. kapital, spajanje, izvještavanje, sopstvene akcije i povlačenje akcija, prekogranične akvizicije, jednočlana društva itd.).

akcionarskih društava), razvijali su se koncept i praksa evropskog privrednog prava. U tom pogledu se gradila i statusno-pravna fizionomija društava kapitala (javna društva) i društava lica (privatna društva). To je dovelo i do pravnog kreiranja Evropskog akcionarskog društva (evropska kompanija - Societas europeae). Evropska kompanija (SE) uređena je naredbom Savjeta EU i smjernicom koja definiše ključne statutarne elemente, dok je državama članicama prepušteno da u okviru nacionalne regulative detaljnije definišu pravni položaj ovog preduzeća. Istovremeno, kada je riječ o tržišno najprisutnijem obliku - društvu sa ograničenom odgovornošću, treba istaći da za ovaj pravni oblik ne postoji namjenska EU regulativa već se za ova privredna društva primjenjuju kompanijska pravila koja u cjelini regulišu položaj preduzeća u EU. Ovo istovremeno podrazumijeva determinirajuću ulogu nacionalnog zakonodavstva u pogledu statusa i poslovnih karakteristika društava sa ograničenom odgovornošću. Ukupno gledano, evropsko privredno pravo se razvija u duhu ideje o jedinstvenom tržištu (slobodno kretanje lica i kapitala), ali to još uvijek ne isključuje presudnu nadležnost država članica u uređenju pravnih odnosa u domenu poslovnog zakonodavstva. To je i razlog da su evropske države, kao i države-kandidati, samo djelimično harmonizovali pravo privrednih društava, imajući pri tome u vidu smisao, sadržaj i ciljeve kompanijskih direktiva. S druge strane, usklađivanje pravnih normi koje se odnose na društvo sa ograničenom odgovornošću nije bilo predmet posebnih inicijativa u nadležnim evropskim tijelima EU tako da se u odnosu na ovaj oblik privrednog društva primenjuju norme nacionalnog zakonodavstva. Ovo istovremeno znači da je za sada pravni status društava sa ograničenom odgovornošću prepušten domicilnim pravnim sistemima iako u pravnoj praksi evropskih zemalja postoji snažna intencija

komparativnog usklađivanja i kreiranja odgovarajućih instituta na osnovu iskustava drugih država¹⁷ uz uvažavanje domaćih poslovnih tradicija. Konačno, Crna Gora je Zakonom o ratifikaciji o sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica s jedne strane i Republike Crne Gore s druge strane¹⁸, potvrdila svoju otvorenost prema evropskom kapitalu i jednakom poslovnom tretmanu evropskih državljana i kompanija na crnogorskom tržištu.¹⁹

Glavne crte društva sa ograničenom odgovornošću po novom Zakonu o privrednim društvima²⁰

U julu 2020. god. stupio je na snagu drugi crnogorski kompanijski zakon, odnosno prvi Zakon o privrednim društvima koji je donesen u nezavisnoj Crnoj Gori. Ovaj zakon je, za razliku od prethodnog, primarno bio fokusiran na usklađivanje sa kompanijskim pravilima i direktivama EU i suštinski predstavlja povratak odredbama tradicionalnog kontinentalnog (njemačkog) prava. Ovim zakonom Crna Gora se u znatnoj mjeri približila zakonodavnim rješenjima na ex-jugoslovenskom prostoru kao i duhu evropskog kontinentalnog prava i prava EU. Za razliku od prvog kompanijskog zakona novi Zakon o privrednim društvima je znatno obimniji i obuhvata 333 člana i unosi niz normativnih novina u odnosu na prethodni zakon. Istovremeno, donesen je i podzakonski akt koji bi trebao da olakša i ubrza postupak registracije

¹⁷ Društvo sa ograničenom odgovornošću nastalo je u njemačkom pravu. Izlazeći u susret malim preduzetnicima i potrebama razvoja biznisa sa manjim kapitalom u Njemačkoj je 1892. god. donesen Zakon o društvima sa ograničenom odgovornošću.

¹⁸ Sl.list CG br. 07/07

¹⁹ Poglavlje II – Osnivanje privrednih društava, čl. 52-58.

²⁰ Skupština Crne Gore je 25. juna 2020. god. donijela novi Zakon o privrednim društvima, čime je nakon osamnaest godina prestao da važi prvi crnogorski kompanijski zakon.

privrednih društava.²¹ Po prvi put se pojavljuje i društvo od javnog interesa, odnosno javno društvo sa ograničenom odgovornošću koje može da emituje hartije od vrijednosti i druge finansijske instrumente koji su uključeni u trgovanje na regulisanom tržištu u Crnoj Gori ili inostranstvu. Za razliku od prethodnog zakona ponovo je eksplicirano ranije rješenje da članovi društva ne odgovaraju za obaveze društva.²² Pored opštih normi koje se odnose i na druga privredna društva, niza odredbi koje se analogno primjenjuju i na društvo sa ograničenom odgovornošću a izvorno se odnose na akcionarsko društvo, poput npr. novog fakultativnog modela upravljanja,²³ novim zakonom je u posebnom poglavlju u okviru 40 članova uređen pravni položaj društva sa ograničenom odgovornošću. Time je napravljen značajan normativni iskorak u odnosu na prethodni zakon. Novim zakonom regulisano je niz pitanja poput: pojma društva, načina osnivanja, sadržaja konstitutivnih akata, registracije društva, kapitala, uloga i udjela, prestanka svojstva člana, prenosa udjela, organa društva, poslovne evidencije itd. Ovoga puta je uvedena skupština kao obavezan organ društva²⁴, što ranije nije bio slučaj, čime je osnaženo administriranje unutar društva, osim u slučaju jednopersonalnog društva sa ograničenom odgovornošću. Takođe, u crnogorsko kompanijsko pravo je vraćen institut istupanja i isključenja iz društva kao načinima prestanka svojstva člana društva. Nema dileme da je novim zakonom u značajnoj mjeri normiran pravni položaj društva sa ograničenom odgovornošću,

²¹ Početkom oktobra 2020. stupio je na snagu Pravilnik o postupku registracije, bližoj sadržini i načinu vođenja Centralnog registra privrednih subjekata (Sl.list CG br. 98/20).

²² Ovdje izostavljamo slučajeve zloupotrebe – probijanja svojstva pravnog lica koje se bile normirane i u prethodnom zakonu. U važećem zakonu to je uređeno u članu 12.

²³ Novi Zakon je uveo jednodomno ili dvodomno upravljanje društvom kapitala. Jednodomno upravljanje obuhvata slijedeće organe: skupštinu, odbor direktora i izvršnog direktora. Dvodomno upravljanje obuhvata: skupštinu, nadzorni odbor i upravni odbor.

²⁴ Član 297. ZOPD.

otklonjena je prethodna naglašena autonomna statutarna praksa i prisutna su znatno brojnija imperativna rješenja kojima se uređuju različiti pravni odnosi u društvu sa ograničenom odgovornošću. Pritom, heteronomne odredbe koje se primarno odnose na akcionarska društva u nizu slučajeva primjenjuju se i na društvo sa ograničenom odgovornošću (npr. restrukturiranje, prestanak rada, likvidacija). Da zaključimo, novim Zakonom o privrednim društvima u znatno većoj mjeri je normiran položaj društva sa ograničenom odgovornošću, što je s jedne strane obuhvatilo i druga privredna društva, dok je s druge strane, detaljnije, dispozitivno ili imperativno uređen status društva s ograničenom odgovornošću.

O sticanju i prenosu udjela

Za razliku od prvog crnogorskog kompanijskog zakona²⁵ u sadašnjem Zakonu o privrednim društvima u okviru posebnog poglavlja u članovima 279-291 detaljnije su uređeni pravni odnosi vezani za prenos udjela. Zakonom su regulisana slijedeća pitanja: sticanje udjela, prava po osnovu udjela, finansijska pomoć društva, sticanje sopstvenih udjela, interkompanijski prenos udjela, pravo preče kupovine, prenos udjela trećem licu, prenos udjela nadsljeđivanjem, prenos udjela u izvršnom postupku, pravna forma prilikom prenosa udjela, posljedice prenosa udjela i zalaganje udjela. Udio u društvu se stiče uplatom uloga člana društva i njegova veličina je srazmjerna vrijednosti unijetog uloga. Istovremeno, zakonom je predviđeno da veličina udjela čini odgovarajući procenat u

²⁵ U Zakonu o privrednim društvima iz 2002. god. u okviru tri člana (čl. 74-76) bilo je uređeno pitanje prenosa udjela. Ovim članovima regulisana su pitanja različitog prenosa udjela u okviru društva i prema trećim licima, definisan je institut prava preče kupovine kao i pitanje sticanja sopstvenih udjela. Pritom, važno je napomenuti da je zakonodavac u duhu liberalne pravne koncepcije preferirao statutarno uređenje prenosa udjela čime je potisnuta imperativnost u postupcima koji su se odnosili na različite načine prenosa udjela.

osnovnom kapitalu društva. Suština sticanja udjela u društvu sa ograničenom odgovornošću koje spada u društvo kapitala, bez obzira na specifičnosti koje ukazuju i na srodnost sa društvom lica, vezana je za srazmjeran odnos između kapitala i vlasništva u društvu. Opredijeljena materijalna vrijednost kao ulog člana društva, iskazana novčano ili nenovčano²⁶, determiniše i vlasničku strukturu u društvu. Međutim, ovo dominirajuće pravno rješenje kada su u pitanju društva kapitala, korigovano je sa potencijalnom opcijom koja omogućava da osnivači društva mogu osnivačkim aktom ili naknadno u slučaju novih uplata dogovoriti nesrazmjeran odnos između uloga i udjela. Za sada nije poznato da li su se u praksi desili takvi slučajevi. Takođe, zakonom je predviđeno da ukoliko se desi da jedno lice istovremeno stekne vlasništvo na više udjela u društvu ti udjeli se spajaju i zajedno čine jedan udio.²⁷ Sticanjem udjela u društvu član društva raspolaže sa pravom glasa koji je srazmjeran udjelu u osnovnom kapitalu društva. Zakon poznaje i sticanje sopstvenih udjela i to na način što društvo može steći udio od jednog ili više članova društva ako takvu odluku donesu članovi društva čiji udjeli čine najmanje dvije trećine osnovnog kapitala. Pritom, u slučaju sticanja sopstvenih udjela društvo može isplaćivati naknadu za sopstveni udio samo iz sredstava rezervi društva koje se mogu koristiti za te namjene ili iz sredstava ostvarenih prodajom sopstvenog udjela društva stečenog istupanjem tog člana društva. Kada je riječ o prenosu udjela zakonom je predviđeno opšte pravilo da se udio može prenositi između članova društva bez ograničenja²⁸, izuzev ukoliko je ZOPD ili statutom društva drugačije uređeno. Ovim pravilom nijesu

²⁶ Ulozi u društvo mogu da budu samo novčani ili nenovčani. Nenovčani ulozima mogu biti u stvarima i pravima. Ovo znači da nijesu mogući ulozima u radu ili pružanju usluga jer bi takva opcija bila neprihvatljiva iz brojnih razloga, od potencijalnih prevarnih radnji, kontroverznosti procjene takvih uloga, pa sve do nemogućnosti prinudnog izvršenja na takvim ulozima.

²⁷ Član 279. stav 3. ZOPD.

²⁸ Član 283. ZOPD.

tačno utvrđeni svi modaliteti prenosa udjela već je eksplicirano da se udio slobodno prenosi i to bez posebnih ograničenja. U drugim zakonskim odredbama naročito je predviđeno da se udio prenosi: putem interne ili eksterne kupoprodaje uz primjenu prava preče kupovine, na osnovu prodaje u izvršnom postupku ili prenosom putem nasljeđivanja (*mortis causa*). Napominjemo da zakon izričito ne poznaje u praksi često odomaćenu situaciju gdje se udio prenosi bez naknade (poklon udjela) ali je jasno da pravilo slobodnog prenosa udjela ne isključuje i ovaj način prenosa udjela. U slučaju prenosa udjela putem kupoprodaje ostali članovi kao i samo društvo imaju pravo preče kupovine, osim ako je statutom društva to drugačije uređeno. Pritom, zakonodavac je predvidio i pravilo da ako ne postoji sporazum unutar društva u vezi sa kupovinom udjela člana koji istupa iz društva onda se udio srazmjerno dijeli među članovima društva. Istovremeno, član društva koji prenosi udio dužan je da prije eventualnog prenosa udjela trećem licu svoj udio ponudi ostalim članovima društva i samom društvu i to u pisanoj formi.²⁹ Važno je istaći da u slučaju prenosa udjela na način kojim bi se ignorisalo pravo preče kupovine član društva kome nije dostavljena ponuda za prenos udjela ima pravo da podnese tužbu za poništavanje ugovora o prenosu udjela zbog povrede prava preče kupovine.³⁰ Kada je riječ o ponudi za kupovinu udjela treba istaći ako članovi društva i društvo ne prihvate ponudu za kupovinu udjela u društvu u roku od 30 dana od dana kada je ponuda podnijeta, onda se udio može prenijeti trećem licu ali pod uslovima koji ne mogu biti povoljniji od uslova ponuđenih članovima društva ili društvu. Ovom prilikom bi naglasili i neke poreske implikacije vezane za prenos udjela jer se u slučajevima prenosa udjela otvara pitanje poreske obaveze koja se utvrđuje na osnovu obračuna kapitalnog dobitka ili

²⁹ Član 284. stav 3. ZOPD.

³⁰ Član 285. ZOPD.

kapitalnog gubitka. Kapitalnim dobitkom se u slučaju prenosa udjela uz naknadu (kupoprodaja) smatra prihod koji ostvari poreski obveznik. Pritom, kapitalni dobitak predstavlja razliku između prodajne cijene udjela i njene nabavne cijene (cijena po kojoj je prethodno kupljen udio koji se naknadno prodaje). U slučaju da se radi o prvoj prodaji udjela u društvu nabavna cijena udjela je vrijednost uloga člana društva koji prodaje udio. U zavisnosti od toga da li je član društva pravno ili fizičko lice primjenjuje se Zakon o porezu na dobit pravnih lica³¹ ³² ili Zakon o porezu na dohodak fizičkih lica³³ ³⁴. Izuzetno od prethodnog slučaja (prodaja uz naknadu) ukoliko se prenos udjela vrši bez naknade odredbe koje regulišu kapitalni dobitak i gubitak se ne primjenjuju pa samim tim ne postoji obaveza utvrđivanja dobitka ili gubitka u poreske svrhe. Istovremeno, obzirom da je ugovor o prenosu udjela uvijek proizvod poslovne djelatnosti društva u kome se vrši transfer udjela, u računovodstvenom smislu se proknjiženi ulog tretira kao neoporezivi trošak. Samim tim, kada se vrši prenos udjela bez naknade ne postoji obaveza plaćanja poreza na dobit ili poreza na dohodak nezavisno od toga da li se radi o pravnom ili fizičkom licu. Konačno, apostrofiramo i činjenicu da se prenos udjela uvijek vrši u pisanoj formi (formalni ugovor), pri čemu takav ugovor mora biti notarizovan.³⁵ Pitom, prenos udjela proizvodi odgovarajuće posljedice i na prenosioca i na sticaoca udjela u smislu njihove neograničene solidarne odgovornosti prema društvu za obaveze koje su dospjele prije prenosa udjela.³⁶

³¹ Čl. 21-24 Zakona o porezu na dobit pravnih lica.

³² Sl.list RCG br. 65/01, 12/02, 80/04, Sl.list CG br. 40/08, 86/09, 40/11, 14/12, 16/13, 55/16.

³³ Čl. 37a – 37h Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica.

³⁴ Sl.list RCG br. 65/01, 12/02, 37/04, 29/05, 78/06, 4/07, "Službeni list CG br. 86/09, 73/10, 40/11, 14/12, 6/13, 62/13, 60/14, 79/15, 83/16, 67/19.

³⁵ Član 289. ZOPD, kao i član 8. stav 3. Pravilnika postupku registracije, bližoj sadržini i načinu vođenja Centralnog registra privrednih subjekata (Sl.list CG br. 98/20).

³⁶ Član 290. ZOPD.

O isključenju člana društva

Prvobitni crnogorski Zakon o privrednim društvima iz 2002. god. u duhu anglosaksonskog statutarnog prava nije regulisao prestanak svojstva člana društva na osnovu isključenja iz društva. Ovo pitanje je bilo prepušteno autonomnoj volji članova društva i dispozitivnoj mogućnosti da se u višečlanim društvima uredi statutom na način koji odgovara članovima društva. U praksi su se, najčešće zbog odsustva stručne pomoći, rijetko dešavale situacije gdje su članovi društva unaprijed regulisali postupak isključenja člana društva već su konfliktne situacije uglavnom završavale na sudu i to sa visokim stepenom rizika da se na valjan način okončaju takvi sporovi. U crnogorskoj poslovnoj praksi pitanje isključenja člana društva je, prije donošenja sadašnjeg Zakona o privrednim društvima, bilo normirano kroz primjenu Zakona o preduzećima SRJ.³⁷ Tadašnjim odredbama bilo je predviđeno da skupština članova društva s ograničenom odgovornošću može, većinom od ukupnog broja glasova, isključiti pojedinog člana iz društva ako ne ispuni obaveze utvrđene ugovorom o osnivanju društva ili iz drugih opravdanih razloga. Istovremeno, isključeni član društva s ograničenom odgovornošću mogao je pokrenuti spor pred sudom u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke o isključenju iz društva. Takođe, društvo je imalo pravo na naknadu štete prouzrokovane isključenjem člana, dok je isključeni član društva imao pravo na naknadu procijenjene vrijednosti svog udela. Sada je novim ZOPD predviđeno da svojstvo člana društva, pored drugih razloga, prestaje i isključenjem iz društva.³⁸ Pritom, opštim pravilom je uređeno da se prestanak, postupak i posljedice prestanka svojstva člana društva uređuju statutom ili osnivačkim aktom. Ovim rješenjem je

³⁷ Čl. 388-389. Zakona o preduzećima SR Jugoslavije.

³⁸ Član 292. ZOPD.

omogućeno da društvo uredi način isključenja člana društva čime bi se na osnovu pravnovaljane odluke, donesene na osnovu postupka utvrđenim statutom društva, stekli uslovi za registraciju prestanka svojstva člana društva. To podrazumijeva da se statutom obavezno uredi i većina glasova koja je uslov da bi se isključenje smatralo punovažnim.³⁹ Pored statutarnog-dispozitivnog načina isključenja člana društva, što je bilo moguće i po prethodnom zakonu, predviđena je i *ius cogens* opcija isključenja člana društva (ukoliko statut ne poznaje jasnu ili bilo kakvu proceduru isključenja člana društva) koja se zasniva na tužbenom zahtjevu člana/ova društva radi isključenja člana društva⁴⁰. U ovom slučaju podnosi se tužba nadležnom suda radi isključenja člana društva i to iz dva potencijalna razloga: a) ako član društva namjerno ili grubom nepažnjom prouzrokuje značajnu štetu društvu ili drugim članovima društva; b) ako član društva svojim činjenjem ili nečinjenjem sprječava ili značajno otežava poslovanje društva. Sud je ovlašćen da za udio isključenog člana društva, na teret podnosioca tužbe, odredi naknadu u visini srazmjernog dijela neto vrijednosti imovine društva na dan podnošenja tužbe. U slučaju isključenja člana društva, društvo zadržava pravo na naknadu štete koju mu je isključeni član društva prouzrokovao radnjama zbog kojih je isključen iz društva. Pritom, pravosnažna i izvršna sudska odluka o isključenju člana društva, dostavlja se radi registracije prestanka svojstva člana društva u CRPS. Kada je u pitanju sudske isključenje člana društva zakonodavac je napravio propust jer nije predvidio većinu glasova na osnovu koje se isključuje član društva tako da je ovim rješenjem otvorena i opcija da manjinski član može isključiti većinskog člana

³⁹ Uobičajeno rješenje u komparativnim pravnim sistemima je apsolutna ili kvalifikovana većina od. Zakon o preduzećima SRJ je sadržio rješenje o apsolutnoj većini (npr. 51%), čime je izbjegnuta sporna opcija da manjinski član može isključiti većinskog člana društva.

⁴⁰ Član 296. ZOPD.

društva. Ili je u pitanju namjerno ali nesumnjivo sporno rješenje kojim se omogućava da manjinski član, nezavisno od veličine udjela u društvu, može pokrenuti postupak isključenja većinskog člana društva. Konačno, očigledno je da je za razliku od drugih pravnih sistema⁴¹ postupak isključenja člana društva ostao podnormiran, djelimično konfuzan i uređen na nedovoljno jasan način, što je trebalo izbjeći ako imamo u vidu sve potencijalne razloge i posljedice isključenja člana društva.

Rezime

Autor u ovom članku piše o nekim obilježjima društva sa ograničenom odgovornošću imajući u vidu kompanijsko zakonodavstvo koje je primjenjivano u posljednje tri decenije. Osvrćući se na različite vremenske periode, počev od jugoslovenskog Zakona o preduzećima pa sve do novog crnogorskog Zakona o privrednim društvima, autor se u ovom tekstu bavi karakteristikama društva sa ograničenom odgovornošću.

Upoređuju se različita pravna rješenja, ocjenjuje se razvitak društva sa ograničenom odgovornošću, pravni položaj ovog društva u kontekstu evropskog prava, kao i pozitivna pravna rješenja. Osim generalnog osvrta na hronološki status društva sa ograničenom odgovornošću u tekstu je posvećena pažnja i nekim važećim pravnim institutima koji su od posebnog značaja za poslovanje i unutrašnje odnose u društvu sa ograničenom odgovornošću.

⁴¹ Npr. 195-196 ZOPD Republike Srbije, ili 341-342 Zakona o federaciji BiH ili čl. 420 Zakona o trgovačkim društvima Republike Hrvatske.

Summary

In this article, the author writes about certain characteristics of the limited liability company having in mind the company legislation which has been applied for the past three decades. Looking back at various periods of time, starting from the Yugoslav Law on companies to the new Montenegrin Law on companies, in this text the author deals with limited liability company characteristics.

Two different legal solutions are compared, development of the limited liability company, legal position of this company in the context of the European law and positive legal solutions are evaluated. In addition to the general review on the chronological status of the limited liability company, the text also pays attention to certain valid legal institutes which are of special importance for business and internal relations in a limited liability company.

Ana STANKOVIĆ MUGOŠA ¹

POSTUPAK MEDIJACIJE KAO JEDAN OD NAČINA ALTERNATIVNOG RJEŠAVANJA SPOROVA U CRNOJ GORI

Potreba za ustanovljavanjem postupka u kojem stranke, uz pomoć jednog ili više posrednika pokušavaju da rješe spor prepoznata je u crnogorskoj tradiciji kao način da se pokuša mirenje strana u sporu od strane uglednih predstavnika mještana, zbog čega je 2005-te godine donjet Zakon o posredovanju, sa čijom implementacijom se počelo nakon obuke prvih posrednika.

Međutim, u početku nijesu prepoznati benefiti posredovanja pa je bilo neophodno intenzivirati edukaciju sudija, advokata i prije svega građana koji su stranke u sudskim postupcima.

Radi vršenja stručnih i administrativnih poslova osnovan je Centar za posredovanje, koji je sada Centar za alternativno rješavanje sporova i koji je lokomotiva implementacije medijacije, imajući u vidu cijelokupnu organizaciju vezano kako za edukaciju tako i za sprovođenje postupaka medijacije, što je rezultiralo velikim brojem medijacija, od kojih je veliki broj uspješno završen. Centar je održao veliki broj seminara – osnovnih i naprednih obuka, okruglih stolova, distribuirao flajere, uradio interesantne reklame koje su emitovane na TV u udarnim terminima i putem bilborda ukazao na značaj medijacije i sl., što je rezultiralo sve većim interesovanjem da se sporovi riješe na alternativan način.

¹ Advokatica i medijator i predsjednica Udruženja medijatora Crne Gore

U cilju prilagođavanja Evropskim standardima i potrebama savremenog društva i samih stranaka, u sudskim postupcima i prije pokretanja sudskih postupaka, neophodno je bilo doneti nov i savremen Zakon koji će doprinjeti bržem rješavanju sporova, uz manje troškove i rasterećenje sudova, kroz dobrovoljni postupak medijacije iz kojeg će stranke izaći zadovoljne nastavljajući građenje dobrih međusobnih odnosa.

Dana 6-og avgusta 2020. godine, stupio je na snagu Zakon o alternativnom rješavanju sporova, medijacijom, ranom neutralnom ocjenom spora i drugim načinima alternativnog rješavanja sporova, koji se odnosi na alternativno rješavanje sporova u građansko pravnim odnosima, u skladu sa međunarodnim standardima, koji se odnosi na alternativno rješavanje sporova uz učešće neutralnog trećeg lica (medijatora) koji pomaže strankama da postignu dogovor kojim se riješava njihov spor prije ili nakon pokretanja sudskog ili drugog postupka, i uređuju međusobna prava i obaveze, u skladu nacionalnim propisima i međunarodnim standardima.

Postupak medijacije vodi medijator, koji je prošao obuku i dobio licencu Ministarstva pravde, a koga stranke mogu sporazumno birati a u slučaju da ga stranke nijesu odredile određuje ga Centar za alternativno rješavanje sporova po redoslijedu iz registra medijatora.

Zakon o alternativnom rješavanju sporova ima VII poglavlja i to: osnovne odredbe, medijacija, rana neutralna ocjena, medijator i evaluator spora, posebna pravila alternativnog rješavanja sporova u određenim oblastima, Centar za alternativno rješavanje sporova i prelazne i završne odredbe.

Osnovnim odredbama je regulisano da se „alternativno rješavanje sporova zasniva na načelu dobrovoljnosti. Stranke koje učestvuju u postupku alternativnog rješavanja sporova dužne su da se ponašaju u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja. U postupku alternativnog rješavanja sporova se postupa u skladu sa načelima jednakosti i pravičnosti.

Postupak alternativnog rješavanja sporova je povjerljive prirode, osim ako ovim zakonom nije drukčije propisano².

Medijacija se zasniva na načelima dobrovoljnosti, savjesnosti i poštenja, jednakosti i pravičnosti i povjerljivosti, a sam postupak medijacije se preporučuje strankama na način kako je propisano članom 6 Zakona o alternativnom rješavanju sporova da: „Stranke će kad god je to moguće, pokušati da mirno riješe spor, prije pokretanja sudskog ili drugog postupka“³. Na ovaj način je strankama nametnuta obaveza da pokušaju mirnim putem da riješe spor, pa ako ne uspiju spor da riješe u postupku medijacije mogu da pokrenu sudski postupak.

Postupak medijacije je obavezan u sporovima koji su propisani kao sporovi male vrijednosti, u sporovima radi naknade štete iz ugovora o osiguranju ako je jedna od stranaka društvo za osiguranje i za koje je posebnim zakonom regulisana ta obaveza. U ovim situacijama su stranke u obavezi da prvo Centru za alternativno rješavanje sporova predaju predlog za pokretanje postupka medijacije u kome navode ime, prezime i adresu, odnosno naziv i sjedište predlagača i protivnika predlagača, predmet spora i ime i prezime medijatora ukoliko su stranke saglasne oko određivanja medijatora u konkretnom predmetu.

U slučaju ako se protivnik predlagača protivi postupku medijacije postupak medijacije se neće sprovoditi, a predlagaču će se izdati potvrda da je pokušao postupak medijacije, na osnovu koje može pokrenuti postupak pred sudom. Ako se u postupku u kome postoji obaveza pokušaja rješavanja spora medijacijom pokrene sudski postupak, a da prethodno nije pokušano rješenje spora medijacijom, Sud će tužbu odbaciti, kao preuranjenu.

² Član 5 Zakona o alternativnom rješavanju sporova (Službeni list Crne Gore broj 77/20 od 22-07.2020. godine)

³ Član 6 Zakona o alternativnom rješavanju sporova (Službeni list Crne Gore broj 77/20 od 22-07.2020. godine)

Postupak medijacije je regulisan i Zakonom o parničnom postupku, odnosno izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku od 22.07.2020. godine, na način što su regulisane dužnosti suda u vođenju parničnog postupka tako što će na pripremnom ročištu, odnosno na prvom ročištu za glavnu raspravu, ako pripremno ročište nije održano, ili ako u toku postupka ocjeni da bi se spor mogao riješiti medijacijom upozna stranke na mogućnost rješavanja spora alternativnim načinom.

Pokušaj medijacije je obavezan u situaciji kada je „sud dužan da posebnim rješenjem uputi stranke na prvi sastanak sa medijatorom:

- 1) Ako je jedna od stranka Crna Gora, Glavni grad, Prijestonica, odnosno opština;
- 2) U privrednim sporovima, osim u sporovima sa međunarodnim elementom, u sporovima iu odnosa na koje se promjenjujestatusno (kompanijesko) pravo i u sporovima u kojima je stranka u stečajnom postupku upućena na parnični postupak
- 3) U drugim slučajevima propisanim posebnim zakonom.“⁴

Pod drugim slučajevima propisanim zakonom se smatraju porodični sporovi razvoda braka i posljedica razvoda braka, kao što su: vršenje roditeljskog prava, održavanje ličnog odnosa između djece i roditelja, izdržavanja, podjele zajedničke imovine. Izuzetak su postupci u kojima se sumnja na postojanje nasilja u porodici jer se smatra da medijacija ne bi bila svrsishodna.

Postupku medijacije za pokušaj mirenja bračnih supružnika ne može prisustvovati advokat. Ako uspije pokušaj mirenja bračnih drugova medijator će o tome sačiniti zapisnik

⁴ Član 329 Izmjena i dopuna zakona o parničnom postupku (Službeni list Crne Gore broj 76/20 od 22.07.2020. godine)

na osnovu koga će sud odlučiti da se smatra da je tužba povučena.

U slučaju da su supružnici uredno pozvani, a ne odazovu se smatra se da mirenje nije uspjelo, a ako se uredno pozvani ne odazovu pozivu za postizanje poravnanja o posljedicama razvoda braka smatraće se medijacija nije uspjela i o tome će se dostavljanjem zapisnika upoznati sud pred kojim će se nastaviti postupak po tužbi za ravad braka.

Postupak za mirenje može u medijaciji trajati do mjese dana od dana dostavljanja rješenja o upućivanju na prvi sastanak sa medijatorom, a postupak za postizanje poravnanja o razvodu i posljedicama razvoda do 60 dana od dana početka postupka medijacije. Ako postupak mirenja ne uspije i stranke u postupku medijacije rade na postizanju poravnanja o posljedicama razvoda braka rok u kome se mora medijacija završiti je 60 dana od dana okončanja postupka mirenja.⁵

U ostalim parničnim predmetima, u kojim je sud dužan da uputi stranke na medijaciju, sud će u roku od 15 dana od dana prijema odgovora na tužbu, ili ako odgovor na tužbu nije dostavljen u roku od 15 dana od dana isteka roka za dostavljanje odgovora na tužbu donosi rješenje o upućivanju stranaka na prvi sastanak sa medijatorom, vezano za koji treba da se obrate Centru za alternativno rješavanje sporova, u roku od osam dana od dana dostavljanja tog rješenja strankama od strane suda.

Prilikom upućivanja na prvi sastanak sa medijatorom stranke se upozoravaju da su dužne da lično prisustvuju prvom sastanku sa medijatorom, i da tom sastanku mogu prisustvovati njihovi punomoćnici, a ako stranka neopravdano izostane sa prvog sastanka, dužna je da, bez obzira na ishod postupka, drugoj strani nadoknadi troškove postupka medijacije koji se odnose na sastanak sa medijatorom i

⁵ član Zakona o izmjenama Porodičnog zakona (Službeni list Crne Gore broj 76/20 od 22.07.2020. godine)

uglavnom predstavljaju troškove pristupa angažovanog advokata i drugih lica kojima pripada naknada.

Za vrijeme trajanja postupka medijacije prestaju teći rokovi, jer Sud zastaje sa postupkom najduže 90 dana od dana dostavljanja rješenja u upućivanju na prvi sastanak sa medijatorom. Ako se u roku od 90 stranke ne riješe postignu poravnanje u postupku medijacije sud će zakazati ročište i na taj način nastaviti postupak.⁶

Medijator na prvom sastanku upoznaje stranke sa postupkom medijacije i njenim benefitima i načelima, nakon čega se stranke izjašnjavaju da li su saglasne da se potpiše sporazum o medijaciji. Ako nijesu saglasne smatra se da medijacija nije ni počela, a ako su saglasne i zakluče sporazum o medijaciji smatra se da je potpisivanjem sporazuma medijacija počela.

Postupak medijacije se odvija kroz četiri faze i to:

- uvodni zajednički sastanak, na kome stranke izlažu problem i ispoljavaju stavove kroz postavljanje pitanja i komentare
- odvojene sastanke medijatora sa strankama, na kojima stranke iskazuju svoje interese, potrebe i motive, dajući informacije koje mogu biti povjerljive
- rad na poravnanju u kome medijator podstiče stranke da daju sugestije kako doći do rješenja spora i
- završni sastanak na kome se sublimiraju bitne činjenice koje su stranke iznjele i zaključuje se na koji način je završena medijacija, uz obavještenje što dalje slijedi.

Medijacija može završiti uspješno ili bezuspješno, zavisno da li je zaključeno poravnanje među strankama, da li je istekao rok za medijaciju, da li je stranka odustala od

⁶ Član 330, 330a, 330b Zakona o parničnom postupku (Službeni list Crne Gore broj 76/20 od 22.07.2020. godine)

medijacije i da li je medijator procjenio da je necjelishodno dalje nastojanje da se postigne poravnanje. Ako poravnanje nije zaključeno, ako je istekao rok, stranka oduastala ili medijator obustavio postupak smatra se da poravnanje nije uspjelo to se unosi u zapisnik, koji potpisuju stranke i medijator i taj zapisnik se preko Centra za alternativno rješenje sporova dostavlja sudu koji nastavlja postupak. Ako su stranke zaključile poravnanje onda se isto u postupcima, koji su pokrenuti po predlogu za pokretanje postupka medijacije, dostavlja sudu na potvrđivanje, a ako je iz sudskog postupka onda se dostavlja sudu preko Centra za alternativno rješavanje sporova da sud donese odluku na osnovu postignutog poravnanja.

Poravnanje zaključeno pred medijatorom obavezuje stranke koje su ga zaključile. Obaveze iz poravnanja stranke su dužne da izvrše u roku određenom u poravnanju

Poravnanje zaključeno u sporu u kome nije pokrenut sudski spor stiče svojstvo izvršne isprave potvrđivanjem od strane suda ili sačinjavanjem notarskog zapisnika. Sud može odbiti da izda potvrdu na poravnanju, i notar može odbiti da sačini notarski zapisnik, ako je sadržaj poravnanja suprotan javnom poretku, ako nije dopušteno zaključeno poravnanje i ako je poravnanje neizvršivo.

U cilju afirmacije alternativnih načina rješavanja sporova Vlada Crne Gore je formirala Savjet za podsticaj i unapređenje alternativnog rješavanja sporova.

Zapaženi rezultati u sve uspješnijem unapređenju medijacije sastavni su dio „no paper“, zbog čega je Crna Gora pohvaljena kao država koja je u znatnoj mjeri unaprijedila medijaciju.

Evropske perspektive međunarodne medijacije u građanskim i trgovinskim sporovima sadržane su u Direktivi 2008/52/EZ o pojedinim aspektima međunarodne medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima iz razloga što je veliki broj aktivnih sudskih postupaka, sudski postupci su skupi i

neizvjesni i traju dugo. Taj univerzalni problem sa kojim se susreću pravni sistemi prepoznali su Savjet Evrope i Evropska unije što je dovelo do potrebe uvođenja alternativnih načina rješavanja sporova i usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa pravnim okvirom međunarodne medijacije.

Unapređenja alternativnih načina rješavanja sporova prepoznala je i Evropska komisija za efikasnost pravosuđa (CEPEJ) koja je 2018-te godine donjela Alate za dalji razvoj medijacije sa predlogom da se obezbjedi primjena CEPEJ smjernica o medijaciji i Kodeksi medijatora pružaoca usluga medijacije uskladi sa Evropskim kodeksom ponašanja za medijatore. Nacionalni normativni okvir Crne Gore u Etički kodeks medijatora ugradio je pravila iz Evropskog kodeksa ponašanja za medijatore, koji predstavljaju osnovni standard za pružaoce usluga medijacije, koji se odnose na: definiciju, kvalitete usluga i stručnost, transparentnost i komunikaciju, pravila i etiku medijacije, nezavisnost, nepristrasnost i neutralnost, konflikt interesa, pritužbe, disciplinske postupke i rješenje sporova i povjerljivost.

U konačnom se može zaključiti da je medijacija postala svjetski prihvatljiv trend i način da stranke same uz pomoć medijatora riješe spor štedeći vrijeme i novac, rasterećujući sudski sistem, pri čemu je prioritetno to što stranke nakon uspješno završenog postupka medijacije nastavljaju graditi dobre međuljudske odnose, što je veoma važno u porodičnim odnosima i privrednoj saradnji.

Anja STRIKOVIĆ ¹

NAČELO ZAKONITOSTI I NJEGOV ZNAČAJ U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

Nullum crimen, nulla poena sine lege

Načelo zakonitosti, koje znači da nema krivičnog djela i nema kazne ako oni nisu zakonom propisani, predstavlja esencijalno, fundamentalno i najprogresivnije načelo savremenog krivičnog zakonodavstva. Ova doktrina u nacionalnim pravnim sistemima iskazuje se latinskom maksimumom *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE* koju je prvi formulisao tvorac Bavarskog Krivičnog zakonika iz 1813. godine Anselm Foerbach. Interesantno je istaći da ovu čuvenu formulaciju ne možemo, kao većinu i sada aktuelnih, pripisati genijalnostima rimskih pravnika.

Ono ima svoje odredjenje i u aktuelnom Krivičnom zakoniku Crne Gore i glasi: "Kazna ili druga krivična sankcija može se izreći samo za djelo koje je, prije nego što je učinjeno, bilo zakonom odredjeno kao krivično djelo i za koje je bila zakonom propisana kazna".²

Načelo zakonitosti ili legaliteta predstavlja jednu od vitalnih garantija u procesu ostvarivanja vladavine prava i pravne države a samim tim i pravne sigurnosti građana i njihovih prava i sloboda kao osnovnih vrijednosti u demokratskom društvu. Ostvarujući svoju garantivnu funkciju kroz načelo zakonitosti, krivično pravo štiti građane u

¹ Saradnik u nastavi i magistrant na Pravnom fakultetu, Univerziteta „Mediterran“

² Krivični Zakonik Crne Gore, član 2, „Službeni list RCG“ br 070/03 od 25.12.2003

dvostrukom smislu - *a priori* im garantujući da mogu biti osudjeni i kažnjeni samo za one inkriminacije koje su, prije nego što su učinjene, bile zakonom predviđene kao krivična djela.

Pored toga, garantivna funkcija kroz ovo načelo iskazuje i svoju drugu vrijednost, štiti građane od krivičnog prava sprečavajući arbitrerno, samovoljno i nezakonito postupanje i kažnjavanje od strane državnih vlasti, čime umnogome doprinosi ostvarivanju načela vladavine prava kao osnovnog, političkog i moralnog principa u demokratskom društvu (vladavina *sub lege*). Iz ovoga proizilazi i drugi postulat koji mora da reflektuje djelanje nosilaca državne vlasti a to je da načelo zakonitosti predstavlja korektiv i ograničenje u postupanju nosilaca javnih vlasti u smislu da iste moraju da djelaju *stricto sensu* na osnovu zakona, podređivanje vlasti zakonu (vladavina *per lege*). Pored toga, ideja pravne države nije i ne bi bila moguća i ostvariva ako se ne bi poštovalo ovo vrhovno načelo.

Prema shvatanju nemačkih „očeva Ustava,, nemačke pravne teorije, pravna država nije samo formalna država zakona, već i materijalna pravna država (država pravde).³

Krivično pravo je strogo zakonsko pravo a njegov osnovni cilj i svrha jeste obavljanje zaštitne funkcije. To znači da se krivičnom pravu daje utilitaristički karakter, t.j. opravdanje krivičnog prava se vidi u njegovoj društvenoj korisnosti.⁴ Ta korisnost i garancija, u crnogorskom pozitivnom krivičnom pravu upravo se ostvaruje kroz načelo zakonitosti inkriminišući određena ponašanja kao krivična djela, propisivanjem krivičnih sankcija za ta djela i najzad propisivanjem uslova za njihovu primjenu prema učinocima krivičnih djela.

³ Budimir Košutić, Uvod u jurisprudenciju, Podgorica 2008, CID, str. 231

⁴ Zoran Stojanović, Krivično pravo, Podgorica 2008, CID, str. 19

Imajući u vidu da su krivične sankcije najstrože sankcije koje postoje u pravnom sistemu jedne zemlje i samim tim impliciraju u najveće vrijednosti čovjeka, potrebno je da njihova primjena predstavlja izuzetak (*exemptio*), dakle da se primjenjuju samo na manji broj pripadnika određene društveno-političke zajednice, da ta primjena bude nužna i opravdana, kao i da se to čini u demokratskoj atmosferi. Ako se kazna suviše često primjenjuje ona gubi svoj izuzetan karakter a time i svoju efikasnost; (...) samim tim takva primjena bi otupila njihovu oštricu.⁵

Načelo zakonitosti ima svoj veliki značaj i u ostvarivanju specijalne a prvenstveno generalne prevencije odnosno odvratajućeg djelovanja na potencijalne učinioce krivičnih djela. Prijetnja kaznom, pojam krivice (*nullum crimen sine culpa*) pa i sam socijalno etički prekor neraskidivo su vezani za princip zakonitosti jer se mogu uputiti samo prema onom licu koje je prekršilo krivičnopravnu normu za koju je prethodno bila propisana krivična sankcija.

Podsjećajući na opste prihvaćenu, sada aktuelnu definiciju krivičnog djela da je krivično djelo djelo koje je zakonom predviđeno kao krivično djelo, koje je protivpravno i koje je skrivljeno, autor se ovim putem neće detaljno baviti analizom sva četiri elementa ove definicije već će shodno naslovu, svoj fokus usmjeriti upravo na jedan od elemenata, dakle predviđenosti u zakonu.

Predviđenost u zakonu, kao ključni element načela zakonitosti znači da određena radnja odnosno ljudsko ponašanje koje može upućivati na krivično djelo, ustvari znači ostvarenje bitnih elemenata zakonskog opisa nekog krivičnog djela koja su u zakonu propisana kao njegova obavezna i konstitutivna obilježja (objektivna i subjektivna). Iz ovoga proizilazi da u zakonu može biti predviđeno ono ponašanje koje je društveno opasno, društveno štetno, ponašanje koje

⁵ Zoran Stojanovic, „op.cit“ Krivično pravo, Podgorica 2008, CID, str. 22

ozbiljno ugrožava i povredjuje neko osnovno dobro čovjeka ili neko društveno dobro, što u materijalno pravnom smislu predstavlja osnov i opravdanje za propisivanje takvog ponašanja kao krivičnog djela.

S druge strane, krivica (vinost) kao psihički odnos učinioca prema djelu zbog kojeg mu se može uputiti prekor takodje se čvrsto oslanja na načelo zakonitosti jer predstavlja centralni i osnovni *terminus tehnicus* u krivičnom pravu, jer krivično djelo, njegova propisanost u zakonu i krivična odgovornost učinioca krivičnog djela predstavljaju sud o krivici.

Načelo zakonitosti kao evolutivan fenomen u krivičnom zakonodavstvu i u svom sveobuhvatnom karakteru, zauzima mjesto vrhovnog načela kako u crnogorskoj tako i u komparativnoj praksi zemalja koje su prihvatile evropskokontinentalni pravni sistem. Ipak, njegov značaj ne mozemo relativizovati ni kada je u pitanju anglosaksonska precedentna praksa gdje se u formalnom smislu ono shvata i formuliše kao načelo pravnosti (propisanosti) u krivičnom pravu.

Druga shvatanja načela zakonitosti u pravnim sistemima

Ovaj kratak referat, autor prvenstveno namjenjuje čitaocima-studentima pravnih nauka, iz razloga što se, posebno na početku studija, susreću sa pojmom načela zakonitosti kroz razne pravne grane, pa samim tim nerijetko miješaju odnosno dovode u zabludu sebe kada tumače shvatanje ovog termina. Tu se posebno misli na fundamentalni predmet Uvod u pravo, zatim Ustavno pravo, Ustavno sudstvo i naravno Krivično procesno pravo u smislu tužilačke istrage koje je svakako imanentno već gore opisanom značenju principa zakonitosti.

U opštoj teoriji prava - jurisprudenciji, kao i u ustavno sudskoj praksi, načelo zakonitosti posmatra se u dvostrukom smislu, u formalnom i materijalnom.

Ustavnost odnosno zakonitost u formalnom smislu znači da zakon i svi niži pravni akti moraju biti u skladu sa Ustavom kao najvišim pravnim aktom (*lex superior*) odnosno podzakonski pravni akti sa Ustavom i zakonom. Formalnost se cijeni na osnovu tri elementa: postupak donošenja zakona, nadležni organ za donošenje i forma odnosno oblik u kom se izražava u pravnom sistemu.

Načelo ustavnosti odnosno zakonitosti u materijalnom smislu znači da zakon mora biti u skladu sa Ustavom a svi nizi pravni akti, podzakonski, moraju biti uskladjeni sa zakonom i Ustavom (*materia constitutionis*) u materijalnom, sadržinskom, supstancijalnom smislu.

Kada je u pitanju Krivično procesno pravo i već pomenuta tužilačka istraga, načelo zakonitosti, pored ostalih načela, zauzima vrlo važno mjesto u samom postupanju tužilačkih organa jer unaprijed propisuje način njihovog postupanja u gonjenju učinilaca krivičnih djela. Naime, načelo zakonitosti odnosno legaliteta znači da je državni tužilac dužan da (*ex officio*) preduzme krivično gonjenje kada postoje osnovi sumnje da je određeno lice učinilo krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti. Ovakvo određenje nalazimo u članu 19 ZKPCG.

Istorijski osvrt i afirmacija načela zakonitosti

Do svoje afirmacije i uvođenja u sva savremena krivična zakonodavstva, ovo načelo je prošlo dug istorijski put.

Prema većini izvora, ono se prvi put proklamuje u članu 39 Magna carta libertatum (Velika povelja sloboda) iz 1215. godine, koja je nastala kao izraz otpora britanskog plemstva

arbitrernom ponašanju monarha.⁶ U vezi sa tim je i poznata Listova izreka da je „Krivično pravo magna carta zločinaca“.⁷

Svoj razvojni put, načelo zakonitosti afirmiše kroz ustave nekih američkih država, *exempi causa* Ustav države Virdžinije iz 1776 godine. Ipak, konačno i precizno samoograničenje državne prinude i arbitrernosti izraženo kroz načelo zakonitosti, nalazimo u poznatoj francuskoj Deklaraciji o ljudskim i građanskim pravima iz 1789 godine, kao prvog političkog dokumenta u kome je jasno izražena garantivna funkcija krivičnog prava i princip pravne države. Zatim su uslijedili Krivični zakonik Francuske iz 1791. godine, Jakobinski ustav iz 1793. g, Bavarski krivični zakonik iz 1813. godine et.c., kao revolucionarni pravni akti sa čvrstim odredjenjima načela legaliteta koji su upravo bili izvori mnogih drugih krivičnih zakonika tog vremena a i mnogih kasnije.

Sva ova shvatanja imala su za osnov pravilo „*moneat lex priusquam feriat* - sasvim je pravedno da zakon opomene prije nego što kazni“.⁸

Ipak, kroz svoju bogatu istoriju, do uvođenja odnosno dostizanja ranga ustavnog načela, afirmacija načela zakonitosti prolazilo je kroz određene poteškoće. Zbog svoje komponente uticaja političkog liberalizma čiji su osnovni postulati ograničavanje političkog i pravnog apsolutizma i uspostavljanje Monteskejeove podjele vlasti, ovom načelu suprotstavljali su se tadašnji totalitaristički režimi, Rusija, nacistička Njemacka koja se čvrsto držala stava da treba kažnjavati na osnovu zdravog narodnog osjećanja, razuma. Po završetku drugog svjetskog rata, i ova država, kao i mnoge druge ponovo prihvataju i uvode načelo zakonitosti u svoja krivična zakonodavstva kao glavni mehanizam u zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

⁶ T. Delibasic, Primjena blazeg zakona, Nomos, Beograd 1995, str. 21

⁷ Zoran Stojanovic, „op.cit“, Krivicno pravo, Pg 2008, str.38

⁸ Miodrag N. Simovic, Vladimir N. Simovic, Pojam i znacenje nacela legaliteta u krivicnom pravu, Zbornik radova, str. 34

Četiri segmenta načela zakonitosti

Načelo zakonitosti, legaliteta u krivičnom pravu možemo razložiti na četiri njegove neizostavne komponente koje primjenjujući se kumulativno daju sveobuhvatan, garantivan i zaštitni karakter ovom vrhovnom načelu.

Prvi je izražen latinskom maksimom *Nulla poena sine lege scripta* i znači da je u krivičnom pravu zabranjena primjena nepisanog, prije svega običajnog prava. Kao što je autor već napomenuo, krivično pravo je strogo zakonsko pravo i kao što je pravo na kažnjavanje (*ius puniendi*) zasnovano na zakonu, *lex scripta* (*scriptus*-pisan) znači da se samo pisanim krivičnim zakonom mogu propisivati krivična djela i sankcije, što je i danas karakteristika krivičnog zakona koja se podrazumijeva jer su zakoni pravni akti koji se uvijek donose u pisanoj formi.⁹ Sve drugo dovodilo bi do pravne nesigurnosti koja je nedopustiva u ovako važnoj pozitivnopravnoj grani kakvo je krivično pravo.

Drugi, *Nulla poena sine lege praevia* znači da je zabranjena retroaktivna primjena krivičnog zakona. *Lex praevia* (*praeivus* – prethodan) znači da nema krivičnog djela i krivične sankcije ukoliko to nije bilo propisano krivičnim zakonom prije nego što je krivično djelo učinjeno.¹⁰ (o ovom segmentu detaljnije u principu blažeg zakona). Nekadašnja Bogišićeva izreka da zakoni ne važe unatraske ekvivalent je upravo savremenog načela zabrane retroaktivnosti odnosno povratnog dejstva zakona i maksime *lex posterior derogat lege priori*, stariji zakon se povlači, derogira pred novim zakonom ako uređuju isto pravno pitanje. Suština neretroaktivnosti je u tome da nijedno lice ne može biti osudjeno niti kažnjeno prije nego što je stupila na snagu pravna norma koja to propisuje. Jer, ako bi se drugačije stvar postavila, postojala bi potpuna

⁹ Zoran Stojanovic „op.cit“ K. P. str.39

¹⁰ Zoran Stojanovic „op.cit“ K. P, str. 39

neizvjesnost u pogledu punovažnosti stečenih prava, ispunjenja obaveza, dozvoljenosti određenih ponašanja i utvrđivanju određenih odnosa.¹¹ Sve ovo upućuje na načelo pravne sigurnosti.

Treći segment, *Nulla poena sine lege certa* (*certus* – određen) predstavlja načelo određenosti koje proklamuje da krivičnopravne norme budu u najvećem mogućem stepenu određene i precizne. Samim tim, ono nalaže i da ljudska ponašanja koja su inkriminisana kao krivična djela budu u najvećoj mjeri određena i propisana krivičnim zakonom (izvršilac, radnja izvršenja, pored toga bitno je precizno odrediti biće krivičnog djela kroz njegov zakonski opis, kaznu za to djelo kao i sve ostale subjektivne i objektivne elemente). Zakonski opisi treba da su u pogledu svoje određenosti takvi da predstavljaju dovoljno sigurnu osnovu za sudsku praksu, da se objektivno mogu odrediti sadržaj, smisao i domet norme.¹² U krivičnom pravu treba u najvišem stepenu izbjegavati neodređene norme, na pr. generalne klauzule. Ako su bića krivičnih djela neodređena, difuzna, ako se iz njih jasno ne vidi šta se kažnjava, otvara se mogućnost da se princip zakonitosti zaobilazi u praksi.¹³ Ovakav pristup bio bi u potpunosti neprihvatljiv i predstavljao bi veliku opasnost za ostvarivanje pravne sigurnosti.

Četvrti segment *Nulla poena sine lege stricta* (*strictus* – tačan, uzak, izričit) znači da krivični zakon obuhvata samo ono na šta se odnosi a ne i neke slične situacije.¹⁴ Načelo legaliteta striktno zabranjuje stvaranje po sličnosti (analogiji) novih krivičnih djela (zakonska analogija – *analogia legis*), a sdruge strane zabranjuje i pravnu analogiju (*analogia iuris*) odnosno kažnjavanje pozivajući se na opšta pravna načela i opšte pravne stavove pravnog sistema. Prema tome, ako zakonom

¹¹ D. Krapac, Krivično procesno pravo, knjiga prva „Informator“, Zg 2000, str.36,37

¹² Bora Čejović, Načela krivičnog prava „Dosije“, Beograd 2008, str. 82

¹³ F Bačić, Z Šeparović, Krivično pravo-opšti dio, „Informator“ ZG 1978, str. 100

¹⁴ Zoran Stojanović, „op.cit“ K.P. str. 39

nisu obuhvaćni neki odnosi koje bi trebalo regulisati krivičnim pravom, zakon se mora dopuniti ili izmijeniti a do tada se mora primjenjivati postojeći zakon, bez obzira na opravdanost drugačijeg rešenja.¹⁵ I ovaj, kao i svi prethodno opisani segmenti načela zakonitosti primjenjuju se iz razloga pravne sigurnosti, u suprotnom, ekstenzivno tumačenje pravnih praznina dovelo bi do teških zloupotreba u stvaranju i primjenjivanju krivičnopravnih odredbi.

Suprotno materijalnom krivičnom pravu, načelo zakonitosti dopušta analogiju u krivičnom procesnom pravu zbog njegove kompleksnosti, međusobne povezanosti i uslovljenosti odredbi krivičnog procesnog prava. Neriješenost neke pravne situacije u zakonu ne može biti razlog da sud koji vodi postupak odbije donošenje odluke ili obustavi postupak.¹⁶

Sva četiri segmenta predstavljaju konstitutivne elemente načela zakonitosti pa je teško reći koji od njih je najvažniji ali ipak kao najkomentarisaniji kroz svoju primjenu, autor bi mogao da izdvoji načelo zabrane povratnog dejstva krivičnog zakona (načelo retroaktivnosti) kojim se jasno predvidja da krivično djelo i krivična sankcija djeluju samo *pro futuro* a ujedno i da je mjerodavno pravo koje važi u momentu izvršenja krivičnog djela. Ipak, postoji jedan izuzetak od ovog pravila...

Uslovi za izuzetak od zabrane retroaktivnosti teorije *pro et contra*

Načelo retroaktivnosti odnosno neretroaktivnosti izraženo je kroz staru latinsku maksimu *lex posterior derogat priori* što znači da se staro pravo povlači pred novim ako je ista pravna situacija regulisana novim pravom odnosno novim zakonom.

¹⁵ N. Srzentić, A. Stajić, Krivično pravo – opšti i posebni dio, Zavod za izdavanje udzbenika, Sarajevo 1966, str. 27

¹⁶ Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović. „op.cit“P. i z. n.l.u k.p., str28

Dakle, suština je u jednom od osnovnih načela važenja pravnih normi a to je da ona ne može da važi prije nego što je stupila na pravnu snagu, u suprotnom postojala bi velika neizvjesnost i pravna nesigurnost u zaštiti osnovnih ljudskih prava građana u demokratskim okvirima. Smisao stvaranja novog prava je u tome da zamijeni stare regulative koje su se kroz praksu pokazale kao nedjelotvorne, neefikasne i nefunkcionalne, te da to novo pravo vazi od dana svog nastanka, za sve buduće situacije.

U krivičnom pravu, opšta je pretpostavka i pravilo da se kažnjavanje i primjena krivičnih sankcija određuje prema zakonu koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Ipak, iz razloga pravednosti, iste kaznene politike za ista djela, ograničavanja represije, te stvaranja većih pogodnosti za učinioce krivičnih djela koji su ionako u nepovoljnom položaju pred zakonom, uspostavljeno je pravilo primjene blažeg zakona.

Ovim je napravljena distinkcija između neretroaktivnosti, koja znači da se novi zakon ne može primjenjivati na ranija djela, i retroaktivnosti koja *in mituis* nalaže da se novi zakon može primjenjivati na učinioce ukoliko je blaži od onog koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela.

Naizgled kontradiktorni, i po svojim suprotnostima vrlo skloni stvaranju normativne tenzije i obesmišljavanja fundamentalnog principa zakonitosti jer bi bilo potpuno neprihvatljivo kažnjavati ponašanja koja su u međuvremenu prestala da budu društveno opasna, predviđena je mogućnost primjene blažeg zakona. Pitanje primjene blažeg zakona javlja se u onim situacijama kada je krivično djelo izvršeno u vrijeme važenja jednog zakona a do donošenja pravnosnažne presude zakon je izmijenjen jednom ili više puta.¹⁷

Da bi se utvrdilo koji je blaži zakon (*lex mitior*) koji se ima primijeniti u konkretnom slučaju slučaju - *in concreto*,

¹⁷ F.Bačić, Krivično pravo – opšti dio, prošireno izdanje 1998, str 86

neophodno je utvrditi da li je to zakon koji je važio u vrijeme izvršenja djela ili kasniji, novi zakon. Dakle, u pitanju je sukob dva zakona u vremenu, pa je neophodno utvrditi dva krucijalna elementa, vrijeme izvršenja krivičnog djela i vrijeme važenja krivičnog zakona.

S obzirom da se ove okolnosti utvrđuju za svaki konkretan, pojedinačan slučaj, prvenstveno se polazi od pitanja da li je pozicija učinioca povoljnija po novom ili po starom zakonu odnosno koji zakon ostavlja veće mogućnosti za povoljniju presudu.

U svakom slučaju najblaži je onaj koji konkretno ponašanje ne tretira kao krivično djelo. Daljim stepenovanjem uzima se da je blaži onaj zakon koji isključuje krivicu ili krivično gonjenje za učinjeno djelo. Zatim je blaži onaj zakon koji predvidja blažu vrstu kazne ili niži minimum kazne iste vrste ili niži maksimum kazne. Konačno, blaži je onaj zakon koji za konkretno djelo ne predvidja dodatnu kaznu ili umjesto obavezne kazne predvidja fakultativne mjere. U svakom slučaju, kada se primjenjuje blaži zakon, on se mora primijeniti isključivo i u cjelosti.

U krivičnopravnoj teoriji, postoje brojna shvatanja o ovoj vrlo bitnoj doktrini pa su se kroz istoriju razvile i teorije o zabrani retroaktivnosti.

Prema doktrini tzv. bezuslovne zabrane retroaktivnosti krivičnih zakona, koja ima oslonac u klasičnoj koncepciji o strogoj primjeni načela zakonitosti, primjena novog zakona je nedozvoljena jer se retroaktivnom primjenom krši načelo zakonitosti, unosi pravna nesigurnost i omogućava kažnjavanje čak i za djela koja nisu imala karakter krivičnih djela.¹⁸ Prema ovoj doktrini, primjena kasnijih zakona nije

¹⁸ Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović, Pojam i značenje načela legaliteta u krivičnom pravu, str, str 33

pravedna i nije opravdana i opravdano je primijeniti samo onaj zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela.

Zastupnici doktrine apsolutne retroaktivnosti smatraju da je samo primjena novog zakona logična i opravdana, te da ga treba primijeniti bez obzira na to da li je blaži po učinioca. Postavlja se pitanje da li ovako retrogradno shvatanje narušava osnovne temelje i postulate načela zakonitosti.

Teoretičari koji zastupaju treće stanovište pak smatraju da je primjena retroaktivnosti kao mogućeg izuzetka od načela zakonitosti dozvoljena samo ako je zakon blaži za učinioca i ta primjena je društveno opravdana, ako doprinosi očuvanju sigurnosti pravnog poretka, humanom odnosu prema učiniocu krivičnog djela, bezbjednosti društva i principu pravičnosti. Ovu teoriju primjenjuje danas većina savremenih krivičnih zakonodavstava, pa i crnogorsko.

Načelo zakonitosti kroz primjenu EKLJP i praksu ESLJP

Načelo zakonitosti u sistemu Evropske Konvencije o ljudskim pravima izraženo je kroz član 7 i glasi: „1. Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vrijeme kada je izvršeno, nije predstavljalo krivično djelo po unutrašnjem ili po međunarodnom pravu. Isto tako, ne može se izreći strožija kazna od one koja je bila propisana u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno.

2. Ovaj član ne utiče na sudjenje i kažnjavanje nekog lica za činjenje ili nečinjenje koje se u vrijeme izvršenja smatralo krivičnim djelom prema opštim pravnim načelima koje priznaju civilizovani narodi.“¹⁹

Garantije sadržane u članu 7 jasno predstavljaju temelje i osnovne činioce vladavine prava i demokratije kao i istaknuto mjesto u sistemu Evropske Konvencije. Ovo pravo, po svojoj

¹⁹ Evropska Konvencija o ljudskim pravima, F-67075 Strasbourg cedex, član 7

prirodi predstavlja apsolutno pravo i od njega nije moguće odstupiti niti ga ograničiti čak ni u vrijeme ratnog ili vanrednog stanja.

Pravila sadržana u stavu 1 ukazuju upravo na osnovni postulat načela zakonitosti a to je da se propisivanje krivičnog djela može izvršiti samo zakonom uz uslove vezane za kvalitet zakona koje nalaže bogata jurisprudencija Evropskog Suda za ljudska prava a to su preciznost, predvidljivost, dostupnost odredbi. U drugoj rečenici istog stava Evropski Sud upućuje na strožinu kazne koju je moguće primijeniti a pod kaznom se podrazumijeva kako glavna, tako i sporedna kazna.

Drugi stav člana 7 zasnovan na idejama iznesenim u Ninbergu za vrijeme sudjenja vodećim članovima nacističkog režima i na izvestan način predstavljaju odstupanje od striktno primene načela zakonitosti.²⁰

Autor primjećuje da se ekstenzivnim tumačenjem član 7 može posmatrati i kroz druge članove Konvencije pa je evidentno da svoje primjese ima kroz član 5 stav 1 u vezi sa zakonitošću pritvora, zatim kroz fundamentalni član 6 Konvencije kao dio prava na pravično sudjenje posebno izraženom kroz stav 2 ovog člana koji se bavi krivično procesnim garantijama, zatim kroz pojedine odredbe članova 8 do 11 u cilju zaštite načela srazmjernosti u slučaju da dodje do ograničenja relativnih ljudskih prava. Član 7 ima snažnu konekciju i sa članom 15 Konvencije gdje je strogo propisano da se od člana 7 ne može odstupiti čak ni u vrijeme ratnih ili bilo kojih drugih vanrednih okolnosti.

Kako se član 7 EKLJP odnosi na polje materijalne primjene krivičnog prava, važno je istaći da Evropski Sud pojam krivičnog djela tumači autonomno bez obzira na to kako to djelo kvalifikuju države, članice Savjeta Evrope odnosno potpisnice Konvencije. Ovakav stav ESLJP po prvi put je

²⁰ Slavoljub Carić, Načelo zakonitosti u praksi Evropskog Suda za ljudska prava, Paragraf Lex, www.paragraf.rs

zauzeo u presudi *Engel and Others v. the Netherlands*. Ovdje Sud precizno navodi mjerila koja se odnose na klasifikaciju djela, prirodu djela i strogost krivičnopravne sankcije. Sva ova tri pojma Sud tumači autonomno uzimajući u obzir i druge relevantne faktore.

Kada je u pitanju primjena člana 7 kroz sudsku praksu, tu poseban problem predstavlja česta izmjena odredbi krivičnih propisa što nerijetko dovodi do neusaglašenosti normi u pravnom poretku pa Evropski Sud često kroz svoje presude opominje na važnost tumačenja ovog člana od strane nacionalnih sudova „pod uslovom da rezultat bude u saglasnosti sa suštinom krivičnog djela i da se može razumno predvidjeti“ kako je istakao u presudi *Kafkaris v. Cyprus*.²¹

Zaključak

Načelo zakonitosti izraženo kroz čuvenu latinsku maksimu *nullum crimen nulla poena sine lege* predstavlja temeljno, epohalno i esencijalno načelo u krivično pravnom sistemu jedne zemlje a svojim značajem nesumnjivo prelazi granice krivičnog prava.

Ovo načelo uključujući sva četiri njegova konstitutivna elementa izražena na latinskom jeziku (*nullum crimen sine lege praevia, stricta, scripta, certa*) nosi jasan ideal da ne postoji krivično djelo, niti postoji krivična sankcija ako one nisu prethodno propisane zakonom.

O njegovom značaju svjedoči i činjenica da je ono kako u crnogorskom tako i u komparativnim pravnim sistemima dostiglo rang ustavnog načela (čl 33 Ustava CG) „Niko ne može biti kažnjen za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo propisano zakonom ili propisom zasnovanim na zakonu kao kažnjivo djelo, niti mu se može izreći kazna koja za to djelo nije

²¹ *Kafkaris v. Cyprus*, presuda br 21906/04, stav 141

bila predviđena. Krivična djela i krivične sankcije mogu se propisivati samo zakonom.“²²

Kao opštecivilizacijska tekovina, načelo zakonitosti štiti najznačajnije vrijednosti čovjeka u demokratskom društvu, društveni i pravni poredak i osnovna ljudska prava i slobode građana.

Usvajanjem načela zakonitosti, zakonodavna djelatnost države je uspjela da strogo putem zakona pravno konstituiše pretpostavke i granice kažnjavanja i da definiše krivične sankcije kao najstrože sankcije pravnog poretka koje predstavljaju ozbiljan zahvat u najveće ljudske vrijednosti, da ograniči arbitrarnost i monopol fizičke sile organa javne vlasti i time ujedno obezbijedi pravnu sigurnost građana i osigura načelo vladavine prava.

Summary

Principle of legality expressed in Latin maxima *nullum crimen nulla poena sine lege* is fundamental and essential principle in criminal law which, no doubt ,exceeds the boundaries of criminal legislation.

This principle, including its four constitutive elements varingly expressed in latin (*nullum crimen sine lege praevia, stricta, scripta, certa*) is the legal ideal which requires No crime can be committed, nor punishment imposed without pre-existing penal law.

The principle of legality is established as a constitution norm in Montenegrin Constitution (the article 33), also is the part of the overall constitutions in comparative concept of legality. As a general product of civilisation, principle of legality protects the most significant values of a democratic society, social and legal system and fundamental rights and freedoms of citizens.

²² Ustav Crne Gore, član 33, „Sl. list CG“, br.1/2007 i 38/2013-Amandmani I-XVI

By adopting the principle of legality, states actions are strikltly and legally constituted the rules in this field and legally determined assumptions and sanctions limitations, (oving to the fact that criminal sanctions are the most severe sanctions existing in a legal system and understand serious grasp into the biggest values of a man), they limited local and government wrong behavior,policing powers and judical process including its monopoly on the rights to use physical violence, in order to ensure legal protection of citizens and rule of law.



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

PRIKAZI

Prof. dr Branislav RADULOVIĆ¹

Prikaz:

KOMENTARA USTAVA CRNE GORE

autora

prof. Dr Mladena Vukčevića

U izdanju Udruženja pravnika Crne Gore iz štampe je izašlo novo izdanje Komentara Ustava Crne Gore autora prof. Dr Mladena Vukčevića, istaknutog crnogorskog pravnika i profesora ustavnog prava.

Drugo, osavremeno izdanje predstavlja nadgradnju Komentara Ustava iz 2015. godine, koje je ujedno i potvrda ranije izrečenog stava autora da je „svjestan da tumačenje Ustava ne može biti savršen, niti završen čin.“

Autor u uvodnoj riječi nagašava da proces „tumačenje prava i sačinjavanje komentara“ najvažnijih pravnih akata ima za cilj da se „pospješuje njihovo razumijevanje i olakša njihova primjena“, te da iz tog razloga „razotkrivanje Ustava se može posmatrati kao najodgovornija pravnička mentalna igra koja daje smjer tumačenju ostalih pravnih akata, istovremeno ih uobličavajući u koherentnu cjelinu onoga što nazivamo ustavni poredak“.

Potrebu izrade, drugog osavremenjenog izdanja Komentara Ustava, nakon proteka pet godina, profesor Vukčević objašnjava kao rezultat „više činilaca: novih sagledavanja, kvalifikovanja i klasifikovanja fenomena savremene ustavnosti, promjene zakonskih i podzakonskih akata koji imaju karakter unutrašnjih izvora ustavnog prava, kao i razvoja domaće i ustavnosudske i sudske prakse“. Dodatno, amandamni na Ustav od 31. jula 2103. godine, za

¹ Predsjednik Udruženja pravnika Crne Gore i profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediterran“

razliku od prvog izdanja, integralno su prezentirani kroz važeći (prečišćeni) tekst Ustava, što ovo izdanje čini, za korisnike preglednijim i lakšim za upotrebu.

Recezentkinje Komentara Ustava, koji je štampan na preko 475 strana i struktuiran u tri cjeline, su **prof. dr Bosa Nenedić** ranija predsjednica Ustavnog suda Republike Srbije i **prof. dr Marijana Pajvančić** redovna profesorka Pravnog fakulteta univerziteta u Novom Sadu.

Tri cjeline

U prvom dijelu Komentara, profesor Vukčević daje sintetizovan pregled razvoja ustavnosti u Crnoj Gori od nastanka crnogorske države, preko Ljetopisa popa Dukljanina u kojem postoje elementarne naznake o organizaciji vlasti, zatim prvog pisanog pravnog akta u Crnogoraca poznatog pod nazivom Stega (1796) za koji autor utvrđuje da je „prvi akt koji ima elemente konstitucionalnosti“, preko Zakonika obščeg crnogorskog i brdskog (1798), Odluke o ustanovljenju Knjaževine Crne Gore (1852), Opšteg zemaljskog zakonika (1855), Opšteg imovinskog zakonika (1888).

Posebno poglavlje, u ovom dijelu, autor posvećuje Ustavu za Knjaževinu Crnu Goru (1905), a zatim slijede još dva poglavlja posvećena crnogorskoj ustavnosti u vrijeme jugoslovenskog državnog zajedništva, zaključno sa usvajanjem odluke o proglašenju nezavisnosti Republike Crne Gore (2006).

U ovoj tematskoj cjelini autor dodatno razmatra i priređuje cjelinu pod nazivom Osnovne naznake o postupku usvajanja Ustava Crne Gore (2007) i amandmana I-XVI na Ustav Crne Gore (2013).

Priređivanjem ove cjeline autor daje dodatan kvalitet ukupnom autorskom pregnuću na izradi Komentara, jer kroz istorijski pregled nastanka i razvoja uvodi čitaoca u period aktuelnog crnogorskog konstitucionalizma.

Druga cjelina, koja je centralni dio ovog izdanja, sadrži komentar Odluke o proglašenju Ustava, preambule i osam (8) djelova ustavnog teksta, sa ukupno 158 članova, na 356 strana.

Po riječima recenzenta prof. dr Marijane Pajvančić autor „dosljedno koristi sistemsko i ciljno tumačenje ustavnog teksta pridržavajući se sentence da se „treba čuvati odlomaka jer kako kaže odlomci odvojeni od cjeline mogu dovesti do pogrešnih zaključaka (*Cavendum est a fragments*)“. Pritom autor ne vrši samo analizu i tumačenje ustavnih normi već ustavna rješenja kritički analizira i navodi i ukazuje na njihove nedostatke kao što su izostavljanje prava na narodnu inicijativu, koja je bila sadržana u prethodnom ustavnom tekstu. Profesor Vukčević dodatno primjećuje i ukazuje na terminologiju koja u tekstu Ustava koja nije rodno senzitivna.

U ovom, najznačajnijem i najzahtijevnijem dijelu, autor u odnosu na prethodno izdanje dodatno razrađuje pojedine institute, daje širi uvid u sadržaj pojedinih normi sa više komparacija u odnosu na uporedno-pravna rješenja. Dodatno, izvršena je inkluzija ustanih amandmana u prečišćeni tekst Ustava tako da je sada tekst Ustava, a sami tim i komentar kompaktan i lakši za upotrebu. Autor u Komentaru koristi i citira izvore, navodeći ih u fusnotama (ukupno 408) što čitaocu dodatno daje osnovu za bolje razumjevanje i sagledavanje sadržaja Kometara. Sami komentari su sadržajni, mnogi imaju i istoriju nastanka pojedinih pravnih insitutita ili institucija, kao i upućivanje na važeće zakone koji bliže uređuju predmetnu materiju.

U najkraćem, najznačajnije promjene (izmjene i dopune) u tekstu Komentara prvenstveno se ogledaju u činjenici da je prezentirana novija ustavnosudska i sudska praksa u Crnoj Gori, obrađeni su novi pristupi u jurisprudenciji koji se odnose na praksu Evropskog suda za ljudska prava i značajno je dopunjena obrada ustavnih prava koja tvore pravo na pravično suđenje iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i

osnovnih sloboda, posebno imajući u vidu njihovu zastupljenost u broju postupaka koji se protiv Crne Gore vode pred Evropskim sudom za ljudska prava. Takođe, u dijelu Ustava koji uređuje organizaciju vlasti izvršene su dopune u cilju cjelovite obrade nadležnosti Ustavnog suda i njegove uloge u ustavnom sistemu, kao i preciziranje prikaza ustavnog položaja i funkcije drugih ustavnih institucija. Dodatno, izvršeno je usklađivanje teksta sa promjenama zakonskih i podzakonskih akata u proteklom petogodištu, koji imaju karakter izvora ustavnog prava.

Autor na početku svakog od osam poglavlja teorijski razrađuje pojmove poput „ljudska prava i slobode“, „uređenje vlasti“, „ustavnost i zakonitost“ itd. čime daje dodatnu upotrebljivost ovog Komentara, koji se vrlo dobro može koristiti u izvođenju nastavne na pravnim fakultetima na predmetu Ustavno pravo. Izdavanjem ovog komentara, po riječima recenzenta prof. dr Bose Nenedić, „nastava je dobila jednu novu knjigu koja ima svojstva udžbenika, državni organi i nosioci javne vlasti jedan dobar putokaz kroz ustavne norme, a građani svojevrsni priručnik o njihovim pravima i slobodama i načinu njihove ustavne zaštite“.

Treći dio sadrži objedinjene priloge, ukupno deset (10) u njihovom integralnom obliku, tako da je dat sadržaj Ustava i Ustavnog zakona o sprovođenju Ustava, Odluke o proglašenju i Deklaracija o nezavisnosti i integralni sadržaj amandmana i pratećih odluka.

Pregalaštvo vrijedno pohvale

Profesor Vukčević, sa iskustvom univerzitetskog profesora, ranijeg predsjednika Ustavnog suda Crne Gore, predsjednika Sudskog savjeta i predsjednika Skupštine Udruženja pravnika Crne Gore, ovim izdanjem upotpunjuje svoje plodno stvaralaštvo.

Ovom prilikom treba posebno naglasiti da je izrada komentara Ustava poduhvat koji, u drugim pravničkim sredinama, ostvaruju timovi autora ili naučnih institucija, što dodatno podiže vrijednost uložnog napora i postignutog rezultata.

Privilegija da u ulozi izdavača predstavim sadržaj i ukažem na značaj novog izdanja Komentara ustava Crne Gore pravničkoj i široj crnogorskoj zajednici, dodatan je profesionalni izazov, koji sa sobom nosi i odgovornost da se na pravi način prikaže višegodišnji naučni i društveni rad profesora Vukčevića, koji to radi, kako je zapisao jedan od ustavopisaca, „Andrićevski tiho“. Sam autor nas upućuje da će „čitanje komentara biti posticajno za nova i drugačija poimanja Ustava i za otvaranje novih modaliteta ustavnog dijaloga“.

U konačnom vrijedi zaključiti da je Vukčević ovim autorskim pregnućem dao izuzetan doprinos razvoju i afirmaciji crnogorskog ustavnog identiteta, ustavne kulture i naučnog razumijevanja ustavne materije u Crnoj Gori, te se ovo izdanje u ovoj oblasti može smatrati najznačajnijim djelom ove vrste u prve dvije decenije XXI vijeka u Crnoj Gori.

Stoga, rad na prikazu ovog Komentara prožet je sa ličnim zadovoljstvom što se na ovaj način nastavlja uspješna saradnja između autora i Udruženja pravika Crne Gore, uz preporuku čitaocima da ovom Komentaru, koji zavređuje posebno mjesto u javnim i ličnim bibliotekama, posvete osobitu pažnju i vrijeme, posebno u kontekstu dolazećeg vremena i očekivanih izazova pred crnogorskim društvom.

Doc. dr Srdja MARTINOVIĆ¹

Prikaz knjige:

GRAĐA ZA CRNOGORSKI BIOGRAFSKI LEKSIKON

autora

Dragice Lompar i Branislava Borilovića

Izlazak iz štampe bilo koje knjige je svojevrstan praznik, ali susret sa knjigom „Građa za crnogorski biografski leksikon“ je poput obilaska biblioteke u kojoj zastajkujete na svakom koraku koji vas svaki za sebe vodi u poseban svijet. Izašla u izdanju Ministarstva kulture i CNB „Đurđe Crnojević“, luksuznog izgleda i sadržaja, napisana na više od 500 strana, prikazuje oko 1200 ličnosti iz različitih epoha. Ona je putovanje kroz vjekove, civilizacije i nestala carstva, ali i saga o porodicama i njihovim istaknutim izdancima koji su ostavili trajan biljeg u vremenu.

Autori su se neobično opredijelili za širok vremenski period i geografsko-politički veoma razučeno i nekoherentno područje. Naime, kao ključne tačke istraživačkog okvira postavili su vrijeme, teritorijalni princip i doprinos. Kao vremensku odrednicu uzeli su ličnosti rođenje od najranijih vremena zaključno sa 1945. godinom, što predstavlja dugačak vremenski period, a nužno podrazumijeva pisanje i biografija osoba koje su još u životu i čije stvaralaštvo još uvijek traje. Sagledavajući širu sliku ove odrednice postojale su brojne dileme prilikom izbora ličnosti koje trebaju da budu zastupljene u ovoj knjizi. Ovo iz razloga što neki istorijski periodu nijesu bili pogodni za određene kategorije stanovniša da iskažu svoje potencijale, pa bi olako prelaženje preko njih bilo nepravedno. S druge strane, trebalo je vješto naći

¹ Profesor na Univerzitetu Crne Gore

akademska mjeru između broja ličnosti u različitim epohama, jer manji broj ličnosti u jednom vijeku u odnosu na veći broj ličnosti u jednoj deceniji ne znači da taj period nije imao značajnih i vrijednih ličnosti, već su vjerovatno epohe stvaralaštva bile različite, a dostupnost izvora otežana. Treba naglasiti da je period do 18. vijeka daleko manje istražen jer generalno izvori ne postoje ili nijesu lako dostupni. Stoga je razumljivo da što je vremenski period bliži sadašnjosti, to je prikazano i više ličnosti.

Kada govorimo o odrednici teritorijalni princip po kojem su se birale ličnosti, veoma je neobičan način za koji su se autori opredijelili, a on podržumijeva kombinovanje plemenskog, opštinskog ili geografskog okvira. Kao glavni zadatak istraživanja postavili su ličnosti Crnogorskog primorja, pri čemu su kod pojedinih teritorija koristili granice opštine, kod drugih stare plemenske granice (Crmnica), a kod trećih pak geografske pojmove, ulazeći kad-kad duboko u zaleđe. Pri čemu treba napomenuti da su pojedini djelovi ovog područja bili pod kontrolom različitih carstava, imperija ili država, različitog sastava, organizacije, političkog sistema i kulture, što je ostavljalo ogromne posljedice na same ličnosti kojima se autori bave. Ovaj zanimljiv i neuobičajen pristup imao je za rezultat različit spektar ličnosti, sa specifičnim znanjima, vještinama, ali i zanimanjima, sudbinama i položaju u tadašnjem društvu. Definitivno nijesu mogli biti isti kriterijumi ugleda i značaja ličnosti jednog vremenskog perioda npr. u Donjim Brčelima, u kojima je borba za slobodu bila osnovni smisao postojanja i poštovanja, ili status u društvu npr. u Kotoru ili Perastu, u kojima su glavna zanimanja bili trgovina, pomorstvo ili bavljenje nekim drugim zanatom. Izbor značajnih ličnosti, osim dostupnosti biografskog materijala, umnogome je određivala i ova teritorijalna razučdenost. Tako smo, recimo, u Paštrovićima ili okolini Kotora imali različite organizacije opština sa statutima i providurima na čelu, dok smo na udaljenosti svega 10 km imali plemenske zborove kojima su upravljali serdari, vovjode ili plemenski kapetani, ratnici, dok

su u drugim djelovima pravdu djelile kadije po šerijatskom pravu, a upravljali begovi ili turski kapetani. Na jednoj teritoriji bila je uprava zapadnih država i carstava poput Mletačke Republike, Austrije i Francuske, zatim Austro-ugarskog carstva, dok su druge teritorije, pak, bile pod kontrolom Osmanskog carstva, a dio teritorije koji se knjizi obrađuje je bio dio nezavisne crnogorske države. Ta različitost – društvena, politička, organizaciona, kulturna, civilizacijska, ali i konfensionalna, na malom prostoru uslovima je i različite kriterijume koji su određivali status u takvim društvima. Dok je u jednima glavna društvena norma bila broj posjećenih neprijateljskih glava i junaštvo u ratu, u drugima je to bio broj brodova, broj grla stoke, obradivog zemljištva, količina ulovljene ribe ili uspjeh u nekoj drugoj privrednoj djelatnosti. Sa svim tim poteškoćama autori su morali da se susrijeću tokom svog rada, pokušavajući što kvalitetnije da riješe ove brojne istraživačke dileme.

Ova knjiga enciklopedijskog karaktera zasnovana je na širokoj heurističkoj osnovi. U potrazi za brojnim ličnostima, autori su uspjeli da konsultuju mnoštvo bibliografskih jedinica i pretresu nesagledivi fond Nacionalne biblioteke „Đurđe Crnojević“. Lompar i Borilović imali su dovoljno hrabrosti i istrajnosti da uspiju ono što nijesu čitavi instituti već decenijama. Prateći njihov rad još od ideje, sa punim povjerenjem znao sam da će ova publikacija ugledati svjetlo dana, duboko svjestan sa kojom težinom i oprežnošću su se kalila slova kao poglavlja ovog volumioznog djela. Sa posebnim taktom, istraživačkim nervom i iskustvom predanih sakupljača uronili su u obilje informacija, uspijevajući ono što nijesu mnogi - da iz tolikog istraživačkog rada izađu sa zamašnim djelom.

Pred nama je, dakle, jedan vanredan poduhvat nesumljivo vrijedan pažnje stručne i laičke javnosti. Autori nam donose čitavi mozaik interesantnih ličnosti koje su stvarale u različitim epohama, podsjećajući nas na bogatstvo

crnogorskog društva i njegove baštine. Knjiga je veoma informativna i bogata faktografijom, a autori nas vode kroz svijet nauke, medicine, trgovine, vojske, pa sve do umjetnosti i književnosti, ne donoseći vrjednosni sud o pojedincima, vješto prepuštajući pažljivom čitaocu da to uradi sam. Pisanje knjiga ovakvog tipa uvijek prate brojne neizvjesnosti, koje su oni uspješno savladali uporno se krećući zacrtanom trasom, posvećujući svakom slovu i biografskoj jedinici energiju, ali i emociju. Gotovo da nijesu preskočili nijedno važno ime iz naše prošlosti sa teritorije koja je u fokusu njihovog rada, čime su etablirali model kako treba pisati jedno leksikografsko štivo. Uspjeli su da otrgnu vrijeme, da spasu vjekove od zaborava, vjekove koje su nosile predstavljene ličnosti. Sa ovom knjigom postajemo potpuno svjesni čitave slojevitosti i dubine crnogorskog nacionalnog i kulturnog bića, ona je zapravo crnogorsko ogledalo u kojem se zrci naša prošlost, ali i naša sadašnjost i budućnost. Javnost duguje autorima neizmjernu zahvalnost što su nam uručili poklon za čitanje, ali i zavjet za razmišljanje. Na ovim stranicama svako će zadovoljiti svoju naučnu, porodičnu, istraživačku ili zavičajnu znatiželju.

Knjiga je pisana sigurnom rukom, uz poštovanje normi bibio-bibliografske izrade, jasno i koncizno, bez ljeporječivosti ili ličnih epiteta, na nenametljiv i u najvećoj mjeri objektivan način. Treba istaći da je prašina zaborava bila prekrila brojne ličnosti ne samo na nacionalnom nivou, već i u zavičaju, rodnom mjestu, pa čak i kod porodica. Skidanje te patine nakon sto godina ili više vjekova izuzetno je težak posao, zahtijeva potpunu posvećenost i predanost istraživača. U takvim okolnostima sama godina rođenja ili smrti predstavljaju prave nepoznanice do čijeg dolaska je neizvjestan put, čak i nakon pregledavanja stotine naslova. Za pojedine osobe ispisivanje samo par redaka zahtijevalo je pozivanje na desetine izvora ili konsultovanje na stotine bibliografskih jedinica. Uхватiti se u koštac sa ovakvim izazovom ravno je naučnoj avanturi ili plivanju kroz nesagledivi okean iz kojeg nikad ne znate kada je kraj, a kada tek početak. Iz ovog

istraživačkog lavirinta autori-pregaoci Lompar i Borilović, svojim disciplinovanim i istrajnim radom su uspjeli da se uspješno izbore, uz preporuku da u svom narednom poduhvatu primijene i djelove terenskog istraživanja kako bi biografije bile što potpunije i detaljnije.

Ovo je manje knjiga, a više djelo koje privlači i provocira, i lično nikada do sada nijesam iščekivao jedno izdanje kao ovo koje je pred vama. Djelo koje je bilo itekako potrebno našem društvu i za koje je postojala moralna i naučna obaveza, ugledalo je svjetlost dana. Na stranicama ove jedinstvene knjige sreli smo svoju Crnu Goru na jedan novi i neistražen način. Ako se ikad bude pisao sveobuhvatni crnogorski biografski leksikon ona će biti njegovo nezaobilazno i snažno uporište. I ne samo to - ukoliko institucionalna svijest bude poštena i spremna na istinske poduhvate, staće iza svakog njihovog sličnog nauma. Poznavajući i lično gospođu Lompar i gospodina Borilovića sa kakvim entuzijazmom, elanom i pažnjom pristupaju istraživanjima, siguran sam da će novim pregnućem obradovati sladokusce budućim istraživačkim poduhvatima. Stoga sa izuzetnim zadovoljstvom preporučujem knjigu za objavljivanje, uvjeren da će ona neizostavno naći svoje mjesto u biblioteci ljubitelja istorije, kulture, naučnih i javnih poslenika, ali i svih onih kojima je Crna Gora na srcu.

In memoriam

LJILJANA PAOVIĆ
(1941-2019)

U Podgorici 17.12.2019. godine preminula je i ispraćena od svojih najbližih Ljiljana Paović sudija i advokat, jedna od onih koji su svojim otmenim, predanim i dostojanstvenim stavom prema pravničkom poslu i životu oplemenili crnogorsko pravosuđe, ostavljajući neizbrisiv trag budućim generacijama.

Rođena je 20.02.1941.godine u Pljevljima, u uglednoj porodici Baošić od oca Mihaila pravnika i majke Olge rođ. Leovac učiteljice. Unuka je velikog pljevljanskog dobrotvora Steva Leovca, čiji je lik ovjekovječio u slici čuveni profesor Tanasije Pejatović, tako da se slika i danas nalazi u Zavičajnom muzeju u Pljevljima. Osnovnu školu i Gimnaziju završila je u Pljevljima. Na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu diplomirala je 1963. godine. Nakon završenog Pravnog fakulteta, prvo je radila u Skupštini Opštine Pljevlja a zatim u rudniku "Šuplja stijena". Od 1968. do 1972. godine radila je kao pravnik u Skupštini Opštine Danilovgrad.

Ljiljana Paović je više decenija obavljala odgovorne funkcije u crnogorskom pravosuđu. Godine 1972. izabrana je za sudiju Opštinskog suda u Danilovgradu, a nedugo zatim za predsjednika Opštinskog suda u Danilovgradu, tada kao prva žena predsjednik suda u Crnoj Gori. Na toj funkciji je ostala sve do izbora za sudiju Okružnog suda u Podgorici. Kao sudija Višeg suda radila je od 1984. do 1993. godine, a nakon toga u Ministarstvu pravde Crne Gore kao pravosudni inspektor i kasnije kao advokat.

Posvećenost i istrajnost u poslu kao presudni faktori za uspjeh i velika, neiscrpna energija krasile su njen život i rad.

Neumorna, požrtvovana, sa visokim moralnim karakterom i velikim pravničkim znanjem teške, složene i osjetljive sudijske i advokatske poslove sa zadovoljstvom i lakoćom je radila. Prepoznatljiva po svom profesionalizmu, savjesnom radu i ljudskom odnosu prema kolegama, urođenom gospodstvu i otmenosti, upravljajući se u svakoj prilici prema etici kao dominantnom određenju ljudskog karaktera i pravu kao ključnom instrumentu na kome se prema principu pravde uređuju međuljudski odnosi bolje i svrsishodnije. Čitav profesionalni život posvetila je sudstvu i advokaturi, vjerujući čvrsto u smisao pravnih normi za institucionalizaciju društvenog života i izgradnju pravne države.

Paović je bila jedan od uzornih crnogorskih pravnika, nadahnuće za generacije pravnika, kako se znanjem i ogromnom ljubavlju prema pravničkoj profesiji rješavaju najsloženiji pravni slučajevi. Za Ljiljanu Paović, bavljenje advokaturom kojom je okončala svoju uspješnu pravničku karijeru bilo je umijeće sprovođenja pravde u praksi, čemu je dala nemjerljiv doprinos.

Odlaskom Ljiljane Paović, Crna Gora je izgubila vrsnog pravnika, istinskog posvećenika pravu i pravničkoj profesiji, čiji ljudski kvaliteti i profesionalni angažman jesu primjer budućim generacijama crnogorskih pravnika na kome se mogu učiti o vrijednostima prava i zakona, za bolje uređenje društva sa ciljem stvaranja građanske demokratije u modernim političkim zajednicama.

Prof. dr Branislav Radulović

U P U T S T V O
AUTORIMA ZA OBJAVLJIVANJE TEKSTOVA U
ČASOPISU ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU
„PRAVNI ZBORNİK”

Autori koji dostavljaju tekstove redakciji časopisa za pravnu teoriju i praksu “Pravni zbornik” treba da ispune sljedeće normative prilikom izrade teksta:

1. Radove kucati sa dovoljno margine, proredom – 28 redova po stranici. Ukoliko je tekst rađen u elektronskoj formi, koristiti font – Bookman Old Style 12.

2. Obim teksta:

- 2.1. za članke do 25 stranica,
- 2.2. za ostale priloge do 15 stranica,
- 2.3. za prikaze, osvrte i druge priloge do 10 stranica,
- 2.4. za rubriku In memoriam – jedna stranica.

3. Tekstovi se objavljuju na crnogorskom jeziku, kao i na jezicima koji su u službenoj upotrebi u Crnoj Gori (srpski, bosanski, albanski i hrvatski). Na kraju teksta neophodno je uraditi i priložiti rezime na engleskom ili francuskom jeziku. Obim rezimea ograničen je na jednu stranicu.

Ukoliko autor insistira na objavljivanju članka na nekom od stranih jezika, dužan je dostaviti rezime na crnogorskom jeziku.

4. Rukopise dostavljati najmanje u jednom primjerku i u elektronskoj formi (CD, e-mail...) na e-mail adresu Glavnog i odgovornog urednika dr Branislava Radulovića - upcg.cg@gmail.com

Radove slati uz dostavljanje sljedećih podataka: ime i prezime autora, zvanje, mjesto rada i broj kontakt telefona.

5. Manuskripti i digitalni zapisi se ne vraćaju.

6. Fusnote unositi na dnu stranice na kojoj se nalaze, vidno odvojene od ostalog teksta. Fusnote obilježavati arapskim brojevima.

7. Ukoliko se u radu jedno djelo istog autora citira u više fusnota koje nijesu neposredno jedna iza druge, iza imena autora, drugi i svaki naredni put upotrijebiti skraćenicu „op.cit” i početna slova naslova citiranog dijela. Ukoliko se jedan rad istog autora citira u fusnotama koje slijede jedna iza druge, poslije prvog navođenja podataka o autoru i radu upotrijebiti skraćenicu „Ibid”.

8. Citiranjem treba obuhvatiti: ime i prezime autora, naziv djela, mjesto i godinu izdavanja djela, naziv izdavača ili naziv glasila i broj citirane strane.

9. Citiranje sudskih odluka treba da sadrži: vrstu odluke, broj i datum, naziv suda.

10. Sudska praksa treba da sadrži izvedenu sentenciju sa kratkim obrazloženjem uz navođenje suda, broja i datuma odluke.

11. Dostavljanje rukopisa koji sadrži autorski prilog smatra se ponudom autora, a objavljivanje teksta prihvata od strane izdavača.

12. Redakcija časopisa „Pravni zbornik” zadržava pravo korekture teksta.



Izrada ove publikacije omogućena je uz podršku Američke ambasade u Podgorici – Biroa Stejt Dipartmenta za borbu protiv međunarodne trgovine drogom i sprovođenje zakona (INL). Mišljenja, nalazi, zaključci ili preporuke koji su ovdje izneseni su stav autora i ne odražavaju nužno stav Stejt Dipartmenta/Vlade SAD.

This publication was made possible thanks to funding from the United States Embassy in Podgorica – Department of State’s Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs (INL). The opinions, findings, and conclusions or recommendations expressed herein are those of the author(s) and do not necessarily reflect those of the Department of State.

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

