

ZBORNIK

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA

UNIVERSITY OF MONTENEGRO LAW JOURNAL

Godina XXXVIII - 2024. - br. 47

Collection of papers – Part I
(Jean Monnet Chair in Law of the
EU Internal Market:

“Montenegro's new platform for
the European Union: 2024-2034 -
Responsible, digitized and green”)

UNIVERZITET CRNE GORE

ZBORNIK

PRAVNOG FAKULTETA

UNIVERSITY OF MONTENEGRO

LAW JOURNAL

Collection of papers – Part I (Jean Monnet Chair in Law of the EU Internal
Market: “Montenegro's new platform for the European Union: 2024-2034 -
Responsible, digitized and green”)

UNIVERZITET CRNE GORE
UNIVERSITY OF MONTENEGRO

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA
UNIVERSITY OF MONTENEGRO LAW JOURNAL

Uređivački odbor – Editorial board

Glavni urednik – Editor in Chief: Prof. dr Vladimir Savković;

Izvršna urednica – Executive editor: Prof. dr Aneta Spaić;

Zamjenik glavnog urednika – Deputy Editor and Chief: Doc. dr Nikola Dožić;

Sekretarka – Secretary: dr Andreja Mihailović;

Članovi – Members: Prof. dr Zoran Rašović, Prof. dr Dražen Cerović, Prof. dr Marko Dokić, Prof. dr Petar Šturanović, Doc. dr Darko Radulović, dr Balša Kaščelan, Prof. dr Petar Bačić, Prof. dr Miloš Vukčević, Prof. dr Jelena Lepetić, Prof. dr Neda Zdraveva

Počasni odbor – Advisory Board

Prof. dr Larry di Matteo Hulber Hurst Professor of Contract Law & Legal Studies, Levin College of Law, Center for European Studies, USA;

Prof. dr Speedy Rice, Washington and Lee University, USA; Prof. dr Thom Brooks, Professor of Law & Government, Durham University, United Kingdom;

Prof. dr Mark Poustie, Dean of the School of Law University College Cork, Ireland, United Kingdom

Sekretarijat Redakcije – Editorial Office

dr Sanja Grbović, mr Milana Tomić, mr Nikolina Tomović

Grafički urednik – Graphic Editor

Mr Branko Rogić

Izdavač - Publisher

Pravni fakultet, 13. Jul, br. 2., 81000 Podgorica

Štampa: GRAFO GROUP - Podgorica

Tiraž: 200

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA U PODGORICI
UNIVERSITY OF MONTENEGRO LAW JOURNAL

UNIVERZITET
CRNE GORE



PRAVNI
FAKULTET
PODGORICA

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA
UNIVERSITY OF MONTENEGRO LAW JOURNAL



Collection of papers – Part I

(Collection of papers – Part I (Jean Monnet Chair in Law of the EU Internal Market: “Montenegro's new platform for the European Union: 2024-2034 - Responsible, digitized and green”))

SADRŽAJ:
Table of contents:

Prof. dr Maja STANIVUKOVIĆ

Prof. dr Sanja ĐAJIĆ

TUŽBENI ZAHTEVI ZASNOVANI NA UGOVORU U INVESTICIONOJ ARBITRAŽI	7
---	---

Izv. prof. dr. sc. Tomislav JAKŠIĆ

NEPOŠTENE TRGOVAČKE PRAKSE IZMEĐU TRGOVACA U LANCU OPSKRBE HRANOM – PREDNOSTI I NEDOSTACI MOGUĆEG UREĐENJA ZA CRNU GORU NA PUTU ZA ČLANSTVO U EUROPSKOJ UNIJI	30
--	----

M. sci Vanja VUJOVIĆ

Dr. sc. Mirella RODIN

Dr. sc. Ivan AKRAP

UTICAJ NEUPUĆIVANJA PRETHODNOG PITANJA SUDU PRAVDE EU NA PRAVIČNOST POSTUPKA	53
---	----

Prof. dr Aleksandar B. IVANOVIĆ

dr Nikola TERZIĆ

OSIGURANJE KVALITETA FORENZIČKIH VJEŠTAČENJA U CRNOJ GORI I NJIHOVA KOMPITABILNOST SA EVROPSKIM STANDARDIMA	86
---	----

Doc. dr Velibor KORAĆ

ZAHTEJEV DA SE UKLONI OPASNOST ŠTETE (TZV. EKOLOŠKA TUŽBA) U SUSRET GRAĐANSKOM ZAKONIKU CRNE GORE – DOMETI I OGRANIČENJA	103
--	-----

Doc. dr Marina JOVIĆEVIĆ

JAČANJE DEMOKRATSKOG LEGITIMITETA EVROPSKE UNIJE: AKTUELNI IZAZOVI I MOGUĆE STRATEGIJE	121
---	-----

dr Sanja GRBOVIĆ

DIGITALNA TRANSFORMACIJA JAVNE UPRAVE U CRNOJ GORI KROZ PRIZMU EU INTEGRACIJA SA OSVRTOM NA UPOREDNA PRAKSU ZEMALJA ZAPADNOG BALKANA	145
--	-----

dr Aleksandra RAKOČEVIĆ

DOKAZNI ZNAČAJ PODATAKA PRIBAVLJENIH DEKODIRANJEM
KRIPTOVANIH KOMUNIKACIONIH PLATFORMI U
CRNOGORSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU I EVROPSKI
STANDARDI 168

Andreja MIHAILOVIĆ, PhD

FROM ECOCIDE TO ECOLOGICAL JUSTICE: TOWARDS A NEW
DIRECTIVE ON ENVIRONMENTAL CRIME 190

mr Milana RANKOVIĆ

MEĐUNARODNA NADLEŽNOST ZA ELEKTRONSKE
POTROŠAČKE UGOVORE U EU: ZNAČAJ ZA CRNU GORU 207

Nikolina TOMOVIĆ, LL.M.

MONTENEGRO'S INTERPLAY BETWEEN THE RULE OF LAW
AND INVESTMENT PROTECTION..... 225

Prof. dr Maja STANIVUKOVIĆ*

Prof. dr Sanja ĐAJIĆ*

TUŽBENI ZAHTEVI ZASNOVANI NA UGOVORU U INVESTICIONOJ ARBITRAŽI

Sažetak

Proces ulaganja stranog kapitala po pravilu podrazumeva zaključivanje ugovora kojim se između ugovornih strana stvaraju dugoročni pravni odnosi uz veći rizik od nastanka spora, nego što je to slučaj u običnim ugovorima međunarodnog privatnog i trgovačkog prava. Jedna od specifičnosti ovih pravnih odnosa i sporova koji iz njih proističu je posebna uloga i značaj države u koju se kapital ulaže. Ugovor o ulaganju izložen je snažnom uticaju države prijema. Ona po pravilu određuje uslove pod kojima je ulaganje u domaću privredu moguće. U toku trajanja ugovora o ulaganju, država može zakonodavnim, upravnim i sudskim merama uticati na prava i obaveze ugovornih strana. Ukoliko je neposredni saugovarač stranog ulagača država, njen organ, ili lokalna jedinica samouprave, uticaj države je još neposredniji i naglašeniji. Država prijema kao ugovorna strana, koristeći svoj suvereni položaj, može svojim jednostranim radnjama izmeniti ili čak ukinuti međusobna prava i obaveze iz ugovora o ulaganju, naročito ako je kao merodavno određeno njeno pravo i ugovorena nadležnost njenih sudova. Sporovi koji proističu iz ugovora o stranim ulaganjima mogu se pojaviti između različitih subjekata, na različitim nivoima. To mogu biti sporovi iz ugovora između privatnih ugovarača, koji se rešavaju na isti način kao i sporovi međunarodne trgovine, pred državnim sudom, na osnovu zakonske ili ugovorene nadležnosti, ili u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži na osnovu arbitražnog sporazuma. U drugu kategoriju spadaju sporovi koji proističu iz ulaganja ili su u vezi sa njima, a vode se između privatne stranke sa jedne strane i države prijema sa druge strane. Ovi sporovi mogu takođe da uzmu oblik ugovornog spora, kada je država bila jedna od ugovornih strana u ugovoru o stranom ulaganju, ali najčešće uzimaju oblik vanugovornog,

* Profesor, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, email: maja@stanivukovic.rs;
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0803-9191>

* Profesor, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, email: s.djajic@pf.uns.ac.rs;
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5997-9714>

takozvanog investicionog spora, kada tužilac, strani ulagač, tvrdi da je država svojom intervencijom narušila njegova prava na osnovu međunarodnog ugovora koji vezuje državu prijema sa njegovom državom porekla. U ovom radu autorke se bave pitanjima nadležnosti i odgovornosti koja se javljaju u investicionim sporovima između privatnog ulagača i države prijema. To su sporovi koji se formalno vode zbog povreda garancija iz međunarodnog ugovora o zaštiti stranih ulaganja, ali imaju stvarnu i suštinsku podlogu u ugovoru o ulaganju sa državom ili njenim agencijama, organima i jedinicama lokalne samouprave. Razmatraju se osnovi nadležnosti kao što su kišobran klauzula i široko formulisana arbitražna klauzula, te osnovi odgovornosti kao što su klauzula o zabrani eksproprijacije, povreda poštenog i pravičnog tretmana i kišobran klauzule.

Ključne reči: ugovorni spor, investicioni spor, arbitraža, nadležnost, raskid ugovora

I Uvod

Ulaganje stranog kapitala po pravilu podrazumeva zaključivanje ugovora o ulaganju.¹ Budući da su često u pitanju kapitalna ulaganja, strani ulagač zaključuje ugovor sa državom domaćinom, njenim ministarstvom, agencijom ili sa privrednim društvom u državnoj svojini.

Takvim ugovorima se stvaraju dugoročni odnosi koji po prirodi stvari, zbog stalnih promena, nose veći rizik od nastanka spora nego što je to slučaju u običnim ugovorima međunarodnog privatnog i trgovačkog prava.²

Ovoj vrsti ugovora često prethodi zaključivanje investicionih sporazuma – međunarodnih ugovora o zaštiti i podsticanju ulaganja. Investicione sporazume zaključuju država domaćin i država kojoj pripada ulagač.

U prvom slučaju država istupa kao privatno lice, *iure gestionis*, a u drugom kao nosilac suvereniteta, *iure imperii*. Na osnovu ugovora sa stranim ulagačem, država ima obaveze regulisane odredbama merodavnog ugovornog

¹ Salacuse Jeswald W, *The Three Laws of International Investment—National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, OUP 2013, pp. 158-170; Djajic Sanja, Contractual Claims in Treaty-Based Arbitration – With or Without Umbrella and Forum Selection Clauses, *International Arbitration Law Review*, 5/2011, 162-170; SGS v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, pasus 132 d).

² Stanivuković Maja, Rešavanje sporova koji proističu iz stranih ulaganja, *Pravni život*, Vol. 46, 12/1997, 229-245.

prava, a na osnovu investicionog sporazuma ona ima međunarodne obaveze koje se sastoje u pružanju pravičnog i poštenog tretmana ulagaču druge države ugovornice, u obezbeđivanju nacionalnog tretmana, tretmana najpovlašćenije nacije, uzdržavanju od nezakonite eksproprijacije i plaćanju naknade u slučaju zakonite eksproprijacije ulaganja itd.³

Obe vrste ugovora, po pravilu, sadrže arbitražne klauzule na osnovu kojih strani ulagač može da pokrene arbitražu protiv države domaćina ili protiv privrednog društva u državnoj svojini. Ugovorom o ulaganju se ugovara klasična međunarodna trgovinska arbitraža koju može da pokrene bilo koja od ugovornih strana. Investicionim sporazumom pravo na pokretanje investicione arbitraže dato je trećem licu – ulagaču jedne od država ugovornica, dok je za drugu državu ugovornicu rezervisana uloga tuženog. Prema tome, ulagač može imati pravo na arbitražu na osnovu ugovora o ulaganju koji je zaključio sa državom i pravo na arbitražu na osnovu međunarodnog ugovora o zaštiti ulaganja; u tom slučaju može da pokrene obe vrste sporova.

II Investicioni arbitražni sud u principu nije nadležan za ugovorne sporove

Razlika između ugovornog spora i spora na osnovu investicionog sporazuma prvi put je formalno konstatovana 2000.g. u predmetu Vivendi protiv Argentine.⁴ Razlika se zasniva, između ostalog, na formalnopavnom kriterijumu, odnosno na formulisanju tužbenog zahteva od strane tužioca : da li se tužilac (po pravilu ulagač) poziva na povredu ugovora o ulaganju ili na povredu investicionog sporazuma.⁵ Arbitražni sud konstituisan na osnovu investicionog sporazuma u principu nije nadležan da rešava sporove iz ugovora o ulaganju. On je nadležan da rešava samo sporove koji proističu iz povrede investicionog sporazuma. Sporovi iz ugovora su u načelu isključeni iz nadležnosti investicionog arbitražnog suda.⁶ Na primer, arbitražni sud u

³ Stanivuković Maja, „Kišobran klauzula u bilateralnim investicionim sporazumima (BIT)“, *Međunarodno privatno pravo i zaštita stranih investitora* (ur. Maja Kostić-Mandić), Pravni fakultet, GTZ Nemačka organizacija za tehničku saradnju, Podgorica, 2008, 33.

⁴ Ho Jean, “[Contract Claims: Investment Arbitration](#)” *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (ed. Hélène Ruiz-Fabri), Oxford University Press, Oxford, 2020, pasus 4; K Konstantin Christie, “Treaty Claims vs. Contractual Claims in ISDS”, 12 March 2024, *Ius mundi*, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-treaty-claims-vs-contractual-claims-in-isds>, pristup 25. X 2024, pasus 2.

⁵ Ho J, 2020, pasus 3.

⁶ Djajic S, 2011, 162.

investicionom sporu protiv Jemena, prihvatio je nadležnost za rešavanje spora na osnovu investicionog sporazuma, ali se oglašio nenadležnim za ugovorna pitanja.⁷ Jedan od razloga za isključenje nadležnosti za ugovorne sporove može biti i taj što druga ugovorna strana (država) po pravilu ne može da tuži ulagača zbog povrede ugovora u sporu koji se vodi na osnovu investicionog sporazuma. Tužba države je prekludirana jer joj investicioni sporazum u većini slučajeva ne daje pravni zahtev, a ponekad ni *ius standi* za podnošenje tužbe protiv ulagača.⁸

Ipak, potpuno isključenje sporova vezanih za ugovor u praksi bi dovelo do paralize investicione arbitraže, jer su sporovi koji proističu iz kršenja ugovora od strane države najzastupljenija vrsta sporova u investicionoj arbitraži.⁹ Postoje izuzeci kada investicioni arbitražni sud prihvata nadležnost da rešava i o ugovornom sporu. Najčešći su postojanje „kišobran klauzule“ ili široko formulisane arbitražne klauzula u investicionom sporazumu.¹⁰

A. Kišobran klauzula

Noviji investicioni sporazumi sve ređe sadrže „kišobran klauzulu“,¹¹ ali budući da je na snazi i veliki broj starijih sporazuma, kišobran klauzula se još uvek dosta često sreće u praksi.¹²

Reč je o odredbi kojom se država obavezuje da će poštovati sve obaveze koje je preuzela prema ulagaču iz druge države ugovornice. Kao primer možemo navesti klauzulu iz člana 9 Sporazuma između Srbije i Crne Gore i Švajcarske Konfederacije o podsticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja iz 2005.g. koji predviđa : „Svaka Strana ugovornica će poštovati sve druge

⁷ Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/7, Award, February 6, 2008, pasus 214, *Ibid*, 167.

⁸ Ho J, 2020, pasus 2.

⁹ *Ibid*, pasus 1; SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines, pasus 132 d).

¹⁰ Alexandrov Stanimir A, “Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: When Can an International Tribunal Exercise Jurisdiction?”, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (ed. Yanacca-Small Katia), 2nd ed. Oxford University Press, Oxford, 2018, 376-377.

¹¹ Ho J, pasus 34. Carroll Lee, “What Place Does an Umbrella Clause Have in the New Generation of Bilateral Investment Treaties?”, *Journal of International Arbitration*, 2/2023, 128. Yannacca Small Katia, “The Umbrella Clause: Is the Umbrella Closing”, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (ed. Yanacca-Small Katia), 2nd ed, Oxford University Press, Oxford, 2018 396.

¹² Prema podacima UNCTAD-a, od 2592 investiciona sporazuma koji su indeksirani u njegovoj investicionoj bazi podataka, 1110 sadrži kišobran klauzulu. [Mapping of IIA Content | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub.](#)

obaveze koje je preuzela u vezi sa određenim ulaganjem ulagača druge Strane ugovornice, na koje se ulagač može u dobroj veri osloniti prilikom osnivanja, sticanja ili povećanja ulaganja”.¹³

Postoji mogućnost da ugovorne obaveze budu obuhvaćene kišobran klauzulom; međutim, to zavisi od njenog tumačenja.¹⁴ Arbitražni sudovi su zauimali protivrečne stavove o zaštiti koju sadrži ova klauzula.¹⁵ U doktrini identifikovano je čak četiri pristupa tumačenju kišobran klauzule.¹⁶ Ipak, u jurisprudenciji preovlađuju dve teorije: uža, funkcionalistička i šira, ekspanzionistička koja se još naziva i teorija „elevacije”.¹⁷

Prema funkcionalnoj teoriji svrha kišobran klauzule je da zaštititi prava i interese stranog ulagača iz ugovora zaključenog sa organom javne vlasti (državnim organom) od državne intervencije u ugovorni odnos. Ta klauzula ne može biti osnov za ostvarivanje prava i interesa iz ugovora na osnovu međunarodnog sporazuma o zaštiti stranih ulaganja samo zbog činjenice da je druga strana organ javne vlasti države ugovornice koji nije ispunio svoju ugovornu obavezu. Da bi se aktivirala kišobran klauzula potrebno je da je reč o radnji vršenja javne vlasti (*acta de jure imperii*), a ne bilo kojoj radnji koja predstavlja povredu ugovora. Tek kada se država umeša u ugovorni odnos koristeći svoja suverena ovlašćenja tako da naruši jednakost ugovornih strana, aktivira se zaštita iz kišobran klauzule jer su autonomija volje strana u ugovoru i njihova jednakost narušeni zbog radnje na koju država nema pravo na osnovu ugovora. Kišobran klauzula tada služi da povрати ravnotežu poremećenu državnim intervencijom.¹⁸

Za razliku od funkcionalne teorije, prema teoriji „elevacije“, svaka ugovorna obaveza koju država preuzima u odnosu na stranog ulagača automatski se uzdiže na nivo međunarodne obaveze države, internacionalizuje se, te postaje utuživa na osnovu investicionog sporazuma.¹⁹ Prema teoriji elevacije, strani ulagač ima pravo da bira da li će svoja ugovorna

¹³ Sporazum je još uvek na snazi kako u Srbiji tako i u Crnoj Gori. Zaključen je u tri autentična teksta: na srpskom, francuskom i engleskom jeziku.

¹⁴ Dj Djajic S, 2011, 162, 169.

¹⁵ Carroll L, 130.

¹⁶ Crawford James, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29 November 2007, 18-19.

¹⁷ Yannaca Small K, 401.

¹⁸ Douglas Zachary, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2/2023, 474.

¹⁹ Carroll L, 126, 133.

prava da zaštiti u međunarodnoj investicionoj arbitraži ili na način koji je predviđen ugovorom.²⁰ Ukoliko se strani ulagač opredeli za prvu opciju, druga strana u ugovoru gubi svoja prava jer nije stranka u investicionom sporu i lišena je mogućnost da koristi i zaštiti ona prava koja ima na osnovu ugovora i merodavnog prava, uključujući i pravo da istakne zahteve protiv saugovarača.²¹

Arbitražni sud u predmetu *Noble Ventures v. Romania*, morao je da odluči da li je nadležan da rešava o tužbenom zahtevu zasnovanom na ugovoru o privatizaciji. Prihvatio je nadležnost zasnovavši odluku na kišobran klauzuli sadržanoj u BIT-u između SAD i Rumunije. Ova odluka je primer za široko tumačenje kišobran klauzule.²² Međutim, u drugim odlukama usvojeno je uže tumačenje²³ ili je pružena prednost ugovornoj klauzuli o rešavanju sporova (*forum selection clause*) i postupak na osnovu investicionog sporazuma je suspendovan dok se ugovorni spor ne reši pred ugovorenim forumom.²⁴

B. Široko formulisana arbitražna klauzula

Široko formulisana arbitražna klauzula u investicionom sporazumu obuhvata sve sporove koji proističu iz ulaganja ili koji su u vezi sa ulaganjima, pa i ugovorne sporove. Citirani sporazum između Srbije i Crne Gore i Švajcarske sadrži arbitražnu klauzulu koja se odnosi na „rešavanje sporova vezanih za ulaganja između Strane ugovornice i ulagača druge Strane ugovornice”.

Često se navode tri uslova koji moraju biti ispunjeni da bi se navedena klauzula tumačila na taj način : ugovor mora biti zaključen između države i

²⁰ *Ibid*, 144-145.

²¹ Douglas Z, 480.

²² Djajic S, 2011, 166. *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 1 October 20025. Vidi takođe *Eureko B.V. v. Poland*, Partial Award, 19 August 2005, pasus 246. *SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, pasus 170.

²³ *SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, pasusi 163-173. *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICISD Case No. ARB-03-11, Award, 6 August 2004, pasus 79.

²⁴ *SGS v. Republic of the Philippines*, pasus 126. *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, Bivac BV v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 May 2009, pasusi 160-162(c), Further Decision on Objections to Jurisdiction, 9 October 2012, pasus 287-290.

ulagača, ne sme biti ugovorena nadležnost drugog (trgovinskog) arbitražnog suda i ugovorni zahtev mora biti u direktnoj vezi sa ulaganjem.²⁵

Na primer, u predmetu Siemens protiv Argentine, arbitri su se saglasili o tome da član 10, stav 1 sporazuma između Nemačke i Argentine obuhvata i ugovorne sporove (predviđao je nadležnost arbitražnog suda za „sporove u vezi sa ulaganjem”), ali ugovor nije bio zaključen između države i ulagača.²⁶

C. Uticaj ugovorne odredbe o rešavanju sporova

Ukoliko je ugovoren način rešavanja sporova u ugovoru između države i ulagača, arbitražni sud nadležan za ugovorni spor na osnovu međunarodnog investicionog sporazuma može (ne mora) uputiti stranke da (prvo) reše ugovorni spor na ugovoreni način. U velikom broju investicionih sporova istaknuta je važnost prigovora da ugovor sadrži „*forum selection clause*”.²⁷ Arbitražni sud konstituisan na osnovu investicionog sporazuma ipak zadržava nadležnost da odluči o svakoj eventualnoj povredi tog sporazuma na koju se tužilac poziva.²⁸ Prilikom odlučivanja, arbitražni sud konstituisan na osnovu investicionog sporazuma može da uzme u obzir odredbe ugovora i da ih i sam tumači.²⁹

Neki autori smatraju da *forum selection clause* nema značaja ukoliko se investicioni spor vodi zbog povrede kišobran klauzule.³⁰ Ističu da su arbitražni sudovi u većini slučajeva kada je investicioni sporazum sadržao kišobran klauzulu, prihvatili nadležnost za rešavanje investicionog spora, bez obzira na postojanje *forum selection clause*.³¹ Kritikuju odluku arbitražnog suda u SGS protiv Filipina, gde su arbitri, mada su odlučili da imaju

²⁵ Djajic S. 2011, 168-169.

²⁶ Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, pasusi 205 i 260. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001, pasusi 59-64.

²⁷ SGS v. Republic of the Philippines, pasus 134. Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, pasus 89. Malicorp Limited v. the Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, pasus 103(c).

²⁸ Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie General des Eaux v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97-3, pasus 53.

²⁹ Biwater Gauf Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, pasusi 471-472.

³⁰ Carroll L., 142-146.

³¹ Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan, SCC Case No. V (064/2008), Partial Award on Jurisdiction and Liability, pasusi 158-159. SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, pasusi 138-139 i 142.

nadležnost za ugovorni spor na osnovu kišobran klauzule u investicionom sporazumu između Švajcarske i Filipina, odlučili da ipak tu nadležnost ne vrše zbog postojanja klauzule o isključivoj nadležnosti za rešavanje ugovornih sporova (*exclusive forum selection clause*) u ugovoru. Smatraju da se takvim postupanjem na mala vrata uvodi obaveza iscrpljivanja lokalnih pravnih lekova, koja najčešće nije uslov za pokretanje investicionog spora.

Nasuprot tumačenju o fakultativnosti prigovora “*forum selection clause*”, ima i mišljenja da ulagač nema pravo da pred investicionim tribunalom ističe tužbeni zahtev iz ugovora o ulaganju ukoliko u ugovoru postoji klauzula o isključivoj nadležnosti za rešavanje ugovornih sporova.³²

D. Čisto ugovorni zahtevi

Povreda ugovora o ulaganju može istovremeno da predstavlja i povredu investicionog sporazuma, te tako tužbeni zahtevi iz jednog i drugog mogu paralelno postojati.³³ Često su ti zahtevi toliko isprepleteni da ih je teško razgraničiti.³⁴

U tom smislu, autori i tribunali razlikuju čiste ugovorne zahteve (*pure contract claims*) i ugovorne zahteve koji se preklapaju sa zahtevima zasnovanim na investicionom sporazumu (*contract claims that overlap with treaty claims*).³⁵ Priroda spora ima posledice na nadležnost arbitražnog tribunala konstituisanog na osnovu investicionog sporazuma. Kvalifikovanje zahteva kao “purely contractual” vodi ka oglašavanju nenadležnosti³⁶. U takve se svrstavaju zahtevi koji se pozivaju na neispunjenje ugovora, nesaobrazno ispunjenje i jednostrani raskid ugovora.³⁷

³² Ho J, pasus 10. Autorka se poziva na predmet SGS protiv Filipina.

³³ Ho J, pasus 3.

³⁴ Videti Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, pasus 75. Vidi takođe, Ho J, pasus 2.

³⁵ Djajic S, 162: “*purely or essentially contractual claims*”. Ho J, pasus 12 et seq. Gustav FW Hamester GmbH & Co. KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 Jun 2010, pasus 329. Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB-07-5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, pasus 318.

³⁶ Djajic S, 164) Joy Mining v. Egypt, Award, pasus 82. Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Hashemite Kingdom of Jourdan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 15 November 2004, 127. Alexandrov S, 391 smatra da je ovakav pristup tribunala problematičan jer se pravna priroda zahteva može suštinski utvrditi tek u fazi merituma, dok je ocena činjenične podloge zahteva u fazi utvrđivanja nadležnosti samo preliminarne, prima facie.

³⁷ Ho J, pasus 13.

Ponekad se čisti ugovorni zahtevi kombinuju sa zahtevima zasnovanim na povredi investicionog sporazuma³⁸ ili se čak smišljeno „prerušavaju“ u tužbene zahteve na osnovu investicionog sporazuma kako bi se izdejstvovala nadležnost investicionog arbitražnog suda. Doduše, takvu zloupotrebu postupka teško je dokazati.³⁹

III Povrede privatnopravnog ugovora o ulaganju koje mogu predstavljati povrede investicionog sporazuma

Povreda privatnopravnog ugovora o ulaganju ne predstavlja automatski povredu međunarodnog investicionog sporazuma.⁴⁰ Da bi postojala odgovornost države za povredu investicionog sporazuma, mora da postoji nešto više. Mora da postoji neki oblik mešanja države u ugovorni odnos u svojstvu suverene vlasti.⁴¹ Država mora da postupa u svojstvu suverena (*iure imperii*), njene radnje i propuštanja moraju biti radnje i propuštanja suverene vlasti (fr. *puissance publique*).⁴² Pomoću ovog kriterijuma vrši se razlikovanje: takvo mešanje mora da postoji kod zahteva na osnovu investicionog sporazuma, dok ne postoji kod čisto ugovornih zahteva.⁴³

Treba napomenuti da ne postoji dosledna arbitražna praksa o ovom pitanju. Kako su to tautološki objasnili arbitri u nekoliko predmeta, povreda ugovora može predstavljati povredu investicionog sporazuma “u slučaju kada povređeni standard i prava koja su ugrožena takvom povredom ulaze u opseg zaštite BIT-a”.⁴⁴

³⁸ Djajic S., , p. 162. Kao primer, navodi se predmet *Toto Costruzioni*, Djajic S., 166.

³⁹ Jedan od retkih predmeta u kojem je arbitražni sud odbio nadležnost smatrajući da je tužbeni zahtev tužilaca „ugovorni zahtev prerušen u zahtev na osnovu investicionog sporazuma“ (*contractual claim [...] dressed up as a Treaty case*) je *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID CaseNo. ARB/10/6, Award of December 10, 2010, pasusi 7.3.6.-7.3.7. Videti, Stanivuković Maja, “Investment arbitration – effects of an arbitral award rendered in a related contractual dispute“, *Yearbook on International Arbitration* (eds. Marianne Roth, Michael Geistlinger), Vol. IV, NWV Verlag GmbH, Vienna, 2015, 176.

⁴⁰ *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, pasus 457.

⁴¹ Djajic S, 164.

⁴² *Ibid.* 162. *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB-09-02, Award, 31 October 2012, pasus 559. *Biwater Gauff Ltd. v. Tanzania*, Award, pasus 458. *Vigotop Limited v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/11/22, Award, pasus 317.

⁴³ *Ibid.* 164. Aleksandrov S, 385.

⁴⁴ *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2. AES protiv Kazahstana, Award, pasus 192.

Povrede privatnopravnog ugovora tako se u tužbi protiv države označavaju kao jedna od sledećih povreda investicionog sporazuma: eksproprijacija, povreda poštenog i pravičnog tretmana i povreda kišobran klauzule.⁴⁵

A. Eksproprijacija ugovornih prava

Preduslov da se neka povreda ugovora označi kao eksproprijacija je da ugovor predstavlja imovinu koja se može ekspropirisati. U investicionoj arbitraži, ova pretpostavka je malo izmenjena, bar terminološki: potrebno je da ugovor predstavlja zaštićeno ulaganje.⁴⁶ U definicijama zaštićenog ulaganja u investicionim sporazumima među nabrojanim vrstama ulaganja navode se i potraživanja iz ugovora. Na primer, sporazum Srbije i Crne Gore sa Švajcarskom iz 2005.g. u članu 1 kao ulaganje definiše između ostalog “novčana potraživanja ili ostala potraživanja po osnovu ugovora koja imaju ekonomsku vrednost”. Moguće je da budu ugovoreni ili pretpostavljeni i dodatni uslovi da bi se jedan ugovor ili potraživanje iz ugovora smatrali investicijom u smislu BIT-a.⁴⁷

U predmetima SGS protiv Pakistana, Suez protiv Argentine⁴⁸, Parkerings protiv Litvanije,⁴⁹ Malicorp protiv Egipta⁵⁰ i Biwater Gauff protiv Tanzanije, pokrenuto je pitanje da li je raskid ugovora predstavljao eksproprijaciju na osnovu investicionog sporazuma, ali ni u jednom od njih nije došlo do utvrđivanja odgovornosti države za eksproprijaciju.⁵¹

⁴⁵ Pored ova tri standarda, ponekad povredom ugovora može da se prekrši i klauzula pune zaštite i sigurnosti i klauzula o zabrani arbitrnog i diskriminatornog postupanja. Aleksandrov S, 374.

⁴⁶ Videti Siemens A.G. v. Argentine Republic, Award, pasus 267. Ho J, pasus 22.

⁴⁷ Na primer „Salini test“ u investicionoj arbitraži na osnovu Konvencije ICSID-a.

⁴⁸ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30 July 2019, pasusi 144-145.

⁴⁹ Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007.

⁵⁰ Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011.

⁵¹ U predmetu SGS protiv Pakistana nije odlučeno o meritumu spora. Arbitražni sud je samo utvrdio da je nadležan za rešavanje o zahtevima zasnovanim na investicionom sporazumu, ali ne i o zahtevima zasnovanim na ugovoru. U predmetu Biwater Gauff protiv Tanzanije, arbitražni sud je u pasusima 491-491 odlučio da nije bilo eksproprijacije ugovora, ali je u pasusu 708 utvrdio da je ukidanje izuzeća od obaveze plaćanja PDV-a jedan od događaja koji je pretvorio postupak raskida ugovora u eksproprijaciju.

Jednostrani raskid ugovora može da predstavlja eksproprijaciju ugovornog ulaganja, pod uslovom da je država delovala u svojstvu nosioca vlasti i da je usled tog delovanja ugovor prestao.⁵² Primenjuje se test „da li je država izula ugovornu obuću“ (eng „*stepping out of the contractual shoes-test*“).⁵³ radnje države moraju da budu drukčijeg karaktera od radnji koje bi mogla da preduzme obična ugovorna strana.⁵⁴

Pored ovoga kriterijuma većina arbitražnih sudova u investicionim sporovima smatra da je za postojanje eksproprijacije relevantno i pitanje da li je država raskinula ugovor u skladu sa uslovima ugovora i sa merodavnim pravom.⁵⁵

Delovanje u svojstvu nosioca vlasti najlakše je utvrditi kada je raskid ugovora posledica zakonodavne mere.⁵⁶ Kada zakonodavne mere nema, teže je odrediti da li je država raskinula ugovor u tom svojstvu.⁵⁷

Test za utvrđivanje da li je do toga došlo, formulisan je u predmetu Vigotop protiv Mađarske iz 2014.g. koji je proistekao iz raskida ugovora o koncesiji za izgradnju i poslovanje jednog turističkog odmarališta i kazina u Mađarskoj.⁵⁸ Prema ugovoru, projekat je trebalo da se gradi na zemljištu koje je tužilac, kiparski ulagač, obezbedio ugovorom o zameni.⁵⁹ Međutim, u trenutku zaključenja ugovora o koncesiji bila je u toku parnica o punovažnosti ugovora o zameni. Tužilac nije uspeo da putem suda ostvari svoje pravo svojine na zemljištu do isteka ugovorenog roka, te je država raskinula ugovor.

⁵² Ho J, pasus 26. Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award 30 April 2004, pasusi 174-175. Vigotop Limited v. Hungary, Award, pasus 317.

⁵³ Vigotop Limited v. Hungary, Award, pasus 318.

⁵⁴ Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, pasus 260. Vannessa Ventures Ltd. V. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/22, Award, 16 January 2013, pasus 209. Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, pasus 248.

⁵⁵ Vigotop Limited v. Hungary, pasus.319.

⁵⁶ Jedan od retkih slučajeva kada je arbitražni sud utvrdio eksproprijaciju jeste Siemens protiv Argentine, u kome je argentinska vlada donela Uredbu (Decree 669/01) kojom je raskinula ugovor sa ulagačem. Siemens A.G. v. Argentine Republic, Award, pasus 271.

⁵⁷ Ho J, pasusi 26-27.

⁵⁸ Vigotop Limited v. Hungary, pasusi 328-331. Interesantno je da je jedan od sponzora projekta bio Ronald Lauder, poznat od ranije iz predmeta Lauder v. Czech Republic, UNCITAL, Award, 3. septembar 2001.

⁵⁹ Jedan od sponzora projekta je zamenio sa državom zemljište čiji je vlasnik bio i koje je državi bilo potrebno za izgradnju auto puta. Međutim, ispostavilo se da državi u tu svrhu nije trebala celokupna površina njegovih parcela, već samo jedan njihov manji deo, te je Vrhovni sud proglasio ugovor o zameni ništavim usled nepostojanja javnog interesa za zamenu.

Do toga je došlo 2011, posle promene vlasti u Mađarskoj.⁶⁰ Raskidu je prethodila istraga nezakonite privatizacije državnog zemljišta tokom vladavine socijalista, koja je obuhvatala i ulaganje tužioca. Prema Vigotopu, raskid ugovora je u ovom slučaju mogao da se izjednači sa nezakonitom indirektnom eksproprijacijom koja je zabranjena sporazumom o zaštiti ulaganja iz 1989. g. između Kipra i Mađarske.⁶¹ Uлагаč je tvrdio da je Vlada Fidesa raskinula ugovor sledeći „skrivenu političku agendu“.⁶²

Mađarska se branila navodima da je postupala u skladu sa ugovorom i mađarskim pravom jer tužilac nije ispunio svoju osnovnu obavezu iz ugovora, da obezbedi lokaciju za projekat iz razloga na koje država nije uticala.

Arbitražni sud je zasnovao analizu na tri pitanja. Prvo, da li je Mađarska raskinula ugovor kao nosilac suverene vlasti, odnosno da li je raskinula ugovor radi sprovođenja neke javne politike.⁶³ Ukoliko bi odgovor na ovo pitanje bio negativan, samim tim bi postojanje eksproprijacije bilo isključeno i tužbeni zahtevi bi se morali odbiti.⁶⁴

Drugo, da li je država, mada je delovala kao nosilac suverene vlasti, sprovodeći javnu politiku, po ugovoru imala pravo na raskid.⁶⁵ Raskid ugovora koji država izvrši kao nosilac suverene vlasti ne mora nužno da predstavlja eksproprijaciju, ukoliko su postojali ugovorom predviđeni razlozi za raskid⁶⁶. Ukoliko nijedan od razloga koji su navedeni ne bi bio osnovan, postojale bi indicije za utvrđivanje eksproprijacije.⁶⁷

Treće, ukoliko bi se utvrdilo da ugovorni razlozi i razlozi javne politike paralelno postoje, da li je raskid bio u skladu sa načelom dobre vere ili je država zloupotrebila svoje ugovorno pravo na raskid kako bi izbegla plaćanje naknade za eksproprijaciju ugovornog ulaganja.⁶⁸

⁶⁰ Dr Orban, lider partije Fidesz stupio je na funkciju predsednika vlade 29. maja 2010.

⁶¹ Agreement between the Government of the Hungarian People's Republic and the Government of the Republic of Cyprus on Mutual Promotion and Protection of Investment, koji je stupio na snagu 24. maja 1989. Karakteristika ovog, kao i nekih drugih bilateralnih sporazuma Mađarske jeste da su države pristale na arbitražu samo u slučaju povrede klauzule o zabrani eksproprijacije, a ne i drugih standarda zaštite ulagača.

⁶² Vigotop Limited v. Hungary, pasus 361.

⁶³ *Ibid*, pasusi 332 et seq.

⁶⁴ Pusztai Dávid, "Vigotop Limited v Hungary: (Re)defining the threshold of expropriatory contract termination", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2/2015, 368. Ho J, 164–65.

⁶⁵ Vigotop Limited v. Hungary, pasusi 443 et seq.

⁶⁶ *Ibid*, pasus 328.

⁶⁷ *Ibid*, pasus 329.

⁶⁸ *Ibid*, pasusi 544 et seq.

Ispitavši ciljeve koji su rukovodili Mađarsku da raskine ugovor, arbitražni sud je utvrdio da je motiv bila promena turističke politike i politike zaštite životne sredine, kao i sumnje novih vlasti da je zaključenje ugovora o zameni zemljišta bilo rezultat korupcije.⁶⁹ To znači da su postojali javnopolitički motivi i time i uslovi za prelazak na drugo pitanje.⁷⁰

U drugom koraku, arbitražni sud je detaljno analizirao odredbe ugovora i merodavnog nacionalnog ugovornog prava. Utvrdio je da je najviši sud u Mađarskoj oglosio ugovor o zameni zemljišta ništavim, te da je država imala pravo da raskine ugovor budući da zemljište za izgradnju turističkog centra nije obezbeđeno u ugovorenom roku.⁷¹

Na kraju je, u trećem koraku, odbio tvrdnju tužioca da je ugovor raskinut zloupotrebom prava i da nije bio u srazmeri sa povredom ugovora koju je tužilac učinio.⁷²

Tako je Mađarska u ovom slučaju dokazala da nije odgovorna za kršenje prava ulagača jednostranim raskidom ugovora, iako je motiv za raskid ugovora bila zaštita životne sredine, odnosno, zaštita javnog interesa. To ipak nije bilo dovoljno da promeni prirodu i položaj države kao jednakog saugovarača koji je u dobroj veri koristio svoja prava iz ugovora. Možemo zaključiti da motiv za raskid ugovora može biti i zaštita javnog interesa, ali to neće dovesti do odgovornosti države ako se država ponaša savesno kao ugovorna strana.⁷³

Na eksproprijaciju se odnosi i „satelitski spor“ Devas protiv Indije u kojem se Indija, poništivši u svojstvu nosioca vlasti ugovor koji je državno privredno društvo Antrix zaključilo sa ulagačem, pozvala na klauzulu zaštite osnovnih interesa bezbednosti u BIT-u između Indije i Mauricijusa. Arbitražno veće je većinom glasova prihvatilo pozivanje tužene države na pomenutu klauzulu kao osnov oslobođenja od odgovornosti, ali samo delimično, u odnosu na 60% S-band satelitskog spektra, dok je za preostalih

⁶⁹ *Ibid*, pasusi 417-441.

⁷⁰ Pusztai D, 387.

⁷¹ *Vigotop Limited v. Hungary*, pasusi 508-543.

⁷² *Ibid*, pasusi 581-

⁷³ Valavanidou Anastasia, “*Vigotop Limited v. Hungary*, Award, ICSID Case No ARB/11/22, IIC 721 (2014)”, *Oxford Reports on International Law*, 18 November 2015. pasus A1. Videti takođe Pusztai D, 1-7.

40% zaključilo da je reč o nezakonitoj eksproprijaciji i dosudilo ulagaču odgovarajuću naknadu.⁷⁴

B. Povreda poštenog i pravičnog tretmana

Pošten i pravičan tretman je opšti standard koji u sebi obuhvata više obaveza države: da ne povredi legitimna očekivanja ulagača, da obezbedi zakonitost postupanja prema ulagaču, da isključi arbitrarnost i nedoslednost itd. Tužbeni zahtev na osnovu eksproprijacije često se kombinuje sa tužbenim zahtevom na osnovu povrede poštenog i pravičnog tretmana. Ukupnost radnji i propuštanja države u odnosu na ugovor zaključen sa ulagačem koji kulminiraju u prestanak ugovora, mogu da budu proglašeni za povredu poštenog i pravičnog tretmana i da dovedu do odgovornosti države.

Jedan od novijih primera je arbitraža kanadskog rudarskog društva Eko Oro protiv Kolumbije koja je okončana arbitražnom odlukom u julu 2024. Eko Oro je 1994. ugovorom o ustupanju stekao prvu licencu za istraživanje i eksploataciju rudnika zlata i srebra u Andima, na lokaciji koja je jednim delom obuhvatala ekosistem paramo.⁷⁵ Kasnije je stekao i druge licence koje su objedinjene ugovorom o koncesiji koji je Eko Oro zaključio 2007. g. sa državnim rudarskim institutom Kolumbije. Koncesija je proglašena projektom od nacionalnog interesa i prava na istraživanje su nekoliko puta produžavana. Inicijalno, plan društva je bio da izgradi rudnik površinskog kopa, te je 2009.g. podnelo zahtev za odobrenje radova na izgradnji rudnika, zajedno sa studijom o uticaju na životnu sredinu. U to vreme nije bilo ekoloških ograničenja za rudarenje u toj oblasti. Međutim, Zakonom o zaštiti životne sredine od 2010.g. koji je usvojio princip predostrožnosti, zabranjeno je rudarenje u zaštićenom ekosistemu paramo. Nadležni organi zatražili su od društva da podnese novu studiju o uticaju na životnu sredinu koja bi uzela u obzir tu zabranu. Eko Oro je povukao zahtev za izdavanje dozvole za površinski kop, da bi zatim, 2013.g. zahtevao suspenziju svojih obaveza na

⁷⁴ CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 25 July 2016, pasus 373.

⁷⁵ Paramo su visinski ekosistemi šuma i livada sa specifičnom vegetacijom koja apsorbuje vodu iz magle, kondenzuju je i omogućava snabdevanje nizija vodom. U Kolumbiji, oko dva miliona ljudi u gradovima zavisi od ovog izvora snabdevanja vodom. Prema tvrdnjama ekoloških organizacija, rudnik zlata bi u vodu iz paramoa ispuštao velike količine cijanida i arsena. AIDA: Protecting the Santurban Paramo from minings damages. <https://aida-americas.org/en/protecting-santurban-p-ramo-minings-damages>.

osnovu vremenski ograničene koncesije, posebno obaveze da podnese novi zahtev za izdavanje ekološke dozvole i odobrenja za izgradnju rudnika, sve dok se ne odrede tačne granice zaštićenog ekosistema. Suspenzija je odobrena. Do demarkacije je došlo tek 2014.g., pri čemu je preko 50 % koncesije stavljeno van snage. Mada su uredbom prvobitno bili predviđeni određeni izuzeci od opšte zabrane rudarenja, uredba je ukinuta odlukom ustavnog suda 2016.g.⁷⁶ Mada neizvesnost u vezi sa tačnim granicama oblasti paramo nije otklonjena, nadležni organi su odbili zahtev društva da se produži suspenzija njegovih ugovornih obaveza. Stoga je Eko Oro 2016.g. pokrenuo investicioni spor protiv Kolumbije. Prema tužbi, njegovo ulaganje tokom dvadesetogodišnjeg perioda trajanja koncesije, iznosilo je oko 250 miliona dolara.

U odluci od preko 400 strana, arbitražni sud je većinom glasova⁷⁷ našao da bi oduzimanje prava na eksploataciju više od polovine koncesionog područja koje je odlukom arbitražnog suda priznato kao stečeno pravo na osnovu ugovora o koncesiji (mada je zavisilo od izdavanja ekološke dozvole)⁷⁸, moglo da predstavlja indirektnu eksproprijaciju, ali da je preuzeto kao legitimno vršenje vlasti, nediskriminatorskim merama koje su primenjene u cilju zaštite životne sredine. Istakao je značaj paramo ekosistema i činjenicu da rudarenje predstavlja pretnju po njegov opstanak.⁷⁹

S druge strane, arbitražni sud je većinom glasova utvrdio povredu minimalnog standarda tretmana stranih ulagača, uključujući i pošten i pravičan tretman,⁸⁰ jer je Kolumbija odobrila ovu koncesiju znajući da se područje koncesije preklapa sa ekosistemom paramo i svesna svoje obaveze da zaštiti to područje od eventualne ekološke štete. Uprkos zakonskoj obavezi da odredi granice područja paramo, Kolumbija to nije blagovremeno učinila. Time je prekršila legitimna očekivanja ulagača na nepravičan i arbitraran

⁷⁶ Ovom odlukom Ustavnog suda suspendovano je 347 dozvola za rudarenje u ekosistemu paramo.

⁷⁷ Arbitražni sud je po pitanju odgovornosti bio podeljen i oba ko-arbitra su pisala odvojeno mišljenje.

⁷⁸ *Eco Oro Minerals Corp. v. The Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021, pasusi 439-440.

⁷⁹ *Ibid*, pasus 642.

⁸⁰ Klausula o minimalnom standardu tretmana iz člana 805 Sporazuma o slobodnoj trgovini između Kanade i Kolumbije, sadržala je pozivanje na pošten i pravičan tretman.

način⁸¹ i nanela mu štetu bez neke očigledne potrebe. Arbitražni sud je takođe primetio da je Kolumbija odbila da produži rok društvu za izvršenje njegovih ugovornih obaveza, dok je istovremeno sama više puta odlagala svoju obavezu da opredeli opseg zaštićenog područja. Postojala su razmimoilaženje i protivrečni potezi u kolumbijskim ministarstvima u vezi sa potrebom da se sa jedne strane zaštiti paramo, a da se sa druge strane ostvare ekonomski benefiti od eksploatacije rudnika.⁸²

Iz ovog primera vidimo kako i sprovođenje legitimnih mera za zaštitu životne sredine kojima se narušava ugovorna ravnoteža može da dovede do povrede investicionog sporazuma ukoliko je država kao ugovorna strana delovala nedosledno, neblagovremeno i protivno legitimnim očekivanjima druge ugovorne strane. Ipak, Kolumbija u ovom slučaju nije obavezana da plati ulagaču traženih 700 miliona dolara naknade, jer arbitražni sud u kasnijoj odluci u kojoj se rešavalo samo o visini naknade nije dosudio ulagaču ni jedan jedini dolar. Naime, prema mišljenju većine arbitara, ulagač nije uspeo da dokaže da je pretrpeo štetu usled radnji države koje su bile protivne pravičnom i poštenom tretmanu, dok su radnje koje su mu prouzrokovale štetu bile legitimno preduzete radi zaštite životne sredine i označene od arbitražnog suda kao zakonite.⁸³

C. Povreda kišobran klauzule

Suština funkcionalne teorije je ograničenje domašaja kišobran klauzule na osnovu prirode i svrhe međunarodnih investicionih sporazuma, ali i prirode i značaja ugovora između stranog ulagača i organa javne vlasti. Prema uobičajenoj formulaciji ove klauzule država ima obavezu da „poštuje“ (eng. *observe*) obaveze preuzete prema stranom ulagaču što treba razlikovati od obaveze da se ugovor „ispuni“ ili „izvrši“ (eng. *perform*) jer ovaj drugi izraz označava ispunjenje obaveza na način na koji su strane ugovorile. U ugovoru sa stranim ulagačem država nije ugovorna strana u svojstvu subjekta međunarodnog prava, čak ni onda kada je njen organ zaključio taj ugovor, kao što ni taj ugovor zbog ove činjenice ne obavezuje sve državne organe i

⁸¹ *Eco Oro Minerals Corp. v. The Republic of Colombia*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, pasus 804.

⁸² *Ibid*, pasusi 820-821.

⁸³ Moody Susannah, “Columbia avoids damages in high-mountain mining dispute”, *Global Arbitration Review*, 16 July 2014, <https://globalarbitrationreview.com/article/colombia-avoids-damages-in-high-mountain-mining-dispute>, pristup 25. X 2024.

institucije. Država mora da „poštuje“ takav ugovor u smislu da ima negativnu obavezu da ne osujeti izvršenje ugovora vršenjem suverenih ovlašćenja, ali nije dužna i da ga „izvrši“.⁸⁴

Nasuprot tome, prema prostom jezičkom tumačenju šturog teksta kišobran klauzule koje zagovaraju zastupnici teorije elevacije, sve obaveze iz ugovora zaštićene su ovom klauzulom, zbog čega svaka povreda obaveza iz ugovora postaje automatski i povreda međunarodnog investicionog sporazuma. Teorija elevacije u suštini posmatra kišobran klauzulu kao garanciju izvršenja ugovora uređenog privatnim pravom koji je sa stranim ulagačem zaključio organ javne vlasti države ugovornice. Moglo bi se reći da je reč o apsolutnoj odgovornosti jer država, po ovom tumačenju, preuzima odgovornost za svaku povredu privatnopravnog ugovora koja nastupi u okvirima njene teritorijalne ili personalne nadležnosti.⁸⁵ Pristalice teorije elevacije ne prihvataju uslov koji ističu zastupnici funkcionalne teorije tumačenja, da radnje kojima država krši ugovor moraju da budu radnje izvršene u vršenju suverene vlasti.⁸⁶

Ne tako retko, kišobran klauzula je poslužila kao osnov odgovornosti države za kršenje ugovornih obaveza⁸⁷. Jedan od uslova da bi do toga došlo jeste da su upravo država i ulagač koji se pojavljuje kao tužilac u

⁸⁴ Douglas Z, 473-474.

⁸⁵ *Ibid*, 482.

⁸⁶ Carroll L, 141. Autorka navodi odluke u predmetima *Duke Energy Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, pasusi 317-325. *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICDIS Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010, pasus 190. *Eureko B.V. v. Poland*, Partial Award, pasus 130; *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, Award, pasus 82. *SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of Paraguay*, Award, pasus 72 i novija odluka u predmetu *Strabag SE v. Libya*, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award, 29 June 2020, pasus 164. S druge strane, stav da mora biti reč o aktima suverene vlasti da bi se kišobran klauzula primenila i dovela do odgovornosti države zauzet je u sledećim odlukama: *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, pasus 81, *Sempra Energy International v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, pasus 310. *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12 2005, pasus 299 itd.

⁸⁷ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, Award, pasus 54. *Bivac BV v. Republic of Paraguay*, Decision on Jurisdiction, pasusi 141-142. *Eureko BV v. Republic of Poland*, Partial Award, pasus 260. *Duke Energy Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, pasus 325. *SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of Paraguay*, Award, pasusi 168-169. *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, Award, pasus 299.

invercionom sporu, ugovorne strane u spornom ugovoru.⁸⁸ Ovo je značajan uslov budući da se često kao ugovorna strana javlja drugo pravno lice povezano sa tužiocem – na primer, njegovo društvo kći. Ipak, bilo je odluka u kojima je ustanovljena odgovornost države za kršenje ugovornih obaveza zasnovana na kišobran klauzuli, mada ugovor nije bio zaključen sa tužiocem. Obrazloženje za takvu odluku arbitri su našli u formulaciji kišobran klauzule koja je govorila o obavezama preuzetim „u vezi sa investicijom”. Na osnovu te formulacije, smatrali su da nije bitno da li je tužilac bio ugovorna strana u ugovoru ukoliko je obaveza države bila u vezi sa njegovom investicijom.⁸⁹

Država najčešće neće biti odgovorna ni onda kada se kao druga ugovorna strana javlja neko pravno lice koje je odvojeno od države.⁹⁰ Ovde takođe „odskaku” određene odluke u kojima su arbitri na osnovu pravila o pripisivanju, zaključili da se kišobran klauzula primenjuje mada nije država, već neko pravno lice čije su se radnje mogle pripisati državi bila strana u spornom ugovoru.⁹¹

⁸⁸ Carrol L, 133 et seq. Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, pasus 384. Siemens A.G. v. Argentine Republic, Award, pasusi 204. CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, pasus 95. Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Award, 17 December 2015, pasus 368. Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, 14 December 2012, pasusi 228, 231-234. WNC Factoring Limited v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-34, Award, 22 February 2017, pasus 339.

⁸⁹ Supervisión y Control S.A. v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/12/4, Award, pasus 287. Continental Casualty Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, pasus 297. EDF International SA, SAUR International SAD and Leon Participaciones Argentinas SA v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012, pasusi 938-940.

⁹⁰ Limited Liability Company AMTO v. Ukraine, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, pasus 110. Gustav FW Hamster GmbH & Co. KG v. Republic of Ghana, Award, pasus 348. Impregilo SpA v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, pasus 223. Bosh International Inc. and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012, pasusi 245. Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 25 July 2018, pasus 1159.

⁹¹ Carroll L, 139. Na primer, Noble Ventures, Inc. v. Romania, Award, pasus 86. Bivac BV v. Republic of Paraguay, Decision on Jurisdiction, pasus, 141. Primena pravila o pripisivanju je prihvaćena i u predmetu Bosh International Inc. and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, ali je arbitražni sud odlučio da se radnje Univerziteta u tom predmetu ne mogu pripisati državi. Vid. Yannacca Small K, 414.

IV Zaključak

Postupci države vezani za ugovore o ulaganjima mogu postati predmet preispitivanja u investicionoj arbitraži i dovesti do odgovornosti države za povredu klauzule o zabrani nezakonite eksproprijacije, klauzule o poštenom i pravičnom tretmanu i kišobran klauzule. Prava ulagača na osnovu investicionog sporazuma lako se konstituišu, ponekad bez obzira na interno pravna ograničenja.

Da bi se rizik od međunarodne odgovornosti države umanjio potrebno je da državni organi posvete izuzetnu pažnju sadržini investicionih sporazuma i ugovora o ulaganju sa stranim ulagačima, da angažuju kompetentne pregovarače kada ih zaključuju, i da u njima predvide izuzetke koji će im omogućiti da sprovedu mere potrebne za zaštitu životne sredine, borbu protiv korupcije i za ostvarivanje drugih važnih društveno-političkih ciljeva čak i kada se tim merama potencijalno krše ranije preuzete ugovorne obaveze.⁹² U komercijalnim ugovorima koje zaključuje država, treba unaprediti transparentnost i sistem odgovornosti u fazi pregovaranja i zaključenja ugovora, da bi se izbegla korupcija. Treba uneti u ugovor opravdane razloge za raskid i uputiti na pravo države na zaštitu životne sredine i ljudskih prava.

⁹² O unošenju direktnog pozivanja na klauzulu dobre vere u novijim investicionim sporazumima Evropske unije, videti opširnije: Djajić Sanja, *Renaissance of the Good Faith Principle in Recent International Investment Arbitration and Treaty-Making, Harmonisation of Serbian and Hungarian law with the European Union law*, vol. 8, University of Novi Sad Faculty of Law, Novi Sad, 2022, 145-162.

Maja STANIVUKOVIĆ, PhD*
Sanja ĐAJIĆ, PhD*

CONTRACTUAL CLAIMS IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION

Summary

The process of foreign capital investment generally involves the conclusion of contracts that create long-term legal relations between the contracting parties, with a greater risk of disputes arising than in ordinary contracts of private international and commercial law. One of the specific features of these legal relations and the disputes arising from them is the special role and importance of the host state in which the capital is invested. The investment contract is subject to strong influence from the host state which typically determines the conditions under which investment in the domestic economy is possible. During the duration of the investment contract, the state may, through legislative, administrative, and judicial measures, affect the rights and obligations of the contracting parties. If the direct counterparty of the foreign investor is the state, its body, or a local government unit, the influence of the state becomes even more direct and pronounced. The host state, as a contracting party, using its sovereign position, can unilaterally alter or even revoke the mutual rights and obligations from the investment contract, especially if its law is designated as applicable and its courts are agreed upon as competent.

Disputes arising from foreign investment contracts can occur between different entities and at different levels. These disputes can take the form of contractual disputes when the state was one of the contracting parties in the foreign investment contract, but they can also take the form of non-contractual, so-called investment disputes, where the plaintiff, a foreign investor, claims that the state, through its intervention, violated their substantive rights based on an international treaty between the host state and

* Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law, email: maja@stanivukovic.rs;
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0803-9191>

* Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law, email: s.dajic@pf.uns.ac.rs;
ORCID : <https://orcid.org/0000-0002-5997-9714>

the investor's state. The authors discuss the prerequisites for jurisdiction of the investment tribunal for contractual claims and the potential grounds for the host state's liability for breaches of investor's contractual rights under investment treaties.

Keywords: *contract claims, treaty claims, arbitration, umbrella clause, termination of contract*

Literatura

Alexandrov Stanimir A, “Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: When Can an International Tribunal Exercise Jurisdiction?”, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (ed. Yanacca-Small Katia), 2nd ed. Oxford University Press, Oxford, 2018, 370-394.

Carroll Lee, “What Place Does an Umbrella Clause Have in the New Generation of Bilateral Investment Treaties?”, *Journal of International Arbitration*, 2/2023, 125-154.

Crawford James, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29 November 2007.

Djajić Sanja, “Contractual Claims in Treaty-Based Arbitration – With or Without Umbrella and Forum Selection Clauses”, *International Arbitration Law Review*, 5/2011, 162-170.

Djajić Sanja, “Renaissance of the Good Faith Principle in Recent International Investment Arbitration and Treaty-Making” *Harmonisation of Serbian and Hungarian law with the European Union law*, vol. 8, University of Novi Sad Faculty of Law, Novi Sad, 2022, 145-163.

Douglas Zachary, “The Umbrella Clause Revisited“, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2/2023, 472–483.

Ho Jean, “[Contract Claims: Investment Arbitration](#)” *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (ed. Hélène Ruiz-Fabri), Oxford University Press, Oxford, 2020.

Konstantin Christie, “Treaty Claims vs. Contractual Claims in ISDS”, 12 March 2024, *Ius mundi*, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-treaty-claims-vs-contractual-claims-in-isds>, pristup 25. X 2024.

Moody Susannah, “Columbia avoids damages in high-mountain mining dispute”, *Global Arbitration Review*, 16 July 2014, <https://globalarbitrationreview.com/article/colombia-avoids-damages-in-high-mountain-mining-dispute>, pristup 25. X 2024.

Pusztai Dávid, “Vigotop Limited v Hungary: (Re)defining the threshold of expropriatory contract termination“, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2/2015, 384–390.

Salacuse Jeswald W, *The Three Laws of International Investment—National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Stanivuković Maja, “Investment arbitration – effects of an arbitral award rendered in a related contractual dispute“, *Yearbook on International Arbitration* (eds. Marianne Roth, Michael Geistlinger), Vol. IV, NWV Verlag GmbH, Vienna, 2015, 150-179.

Stanivuković Maja, “Rešavanje sporova koji proističu iz stranih ulaganja“, *Pravni život*, 12/1997, 229-245.

Stanivuković Maja, „Kišobran klauzula u bilateralnim investicionim sporazumima (BIT)“, *Međunarodno privatno pravo i zaštita stranih investitora* (ur. Maja Kostić-Mandić), Pravni fakultet, GTZ Nemačka organizacija za tehničku saradnju, Podgorica, 2008, 32-56.

Valavanidou Anastasia, “Vigotop Limited v. Hungary, Award, ICSID Case No ARB/11/22, IIC 721 (2014)“, *Oxford Reports on International Law*, 18 November 2015.

Yannacca Small Katia, “The Umbrella Clause: Is the Umbrella Closing“, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (ed. Yannacca-Small Katia), 2nd ed, Oxford University Press, Oxford, 2018, 395-416.

Izv. prof. dr. sc. Tomislav JAKŠIĆ*

NEPOŠTENE TRGOVAČKE PRAKSE IZMEĐU TRGOVACA U LANCU OPSKRBE HRANOM – PREDNOSTI I NEDOSTACI MOGUĆEG UREĐENJA ZA CRNU GORU NA PUTU ZA ČLANSTVO U EUROPSKOJ UNIJI

Sažetak

U 2019. je donesena Direktiva 2019/633 o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima među poduzećima u lancu opskrbe poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima. Direktiva je usvojena kako bi se spriječilo korištenje nepoštenih trgovačkih praksi između trgovaca uzrokovano značajnom neravnotežom u pregovaračkom položaju na štetu manjih dobavljača i poljoprivrednika. Na taj način direktiva predstavlja neočekivan korak u novom smjeru jer se zaštita od nepoštenih poslovnih praksi dosad pružala samo potrošačima (B2C), a ne i trgovcima (B2B). Regulacija trgovačkih odnosa obično je bila prepuštena tržištu, ugovornim stranama i pravilima obveznog prava sve dok takve prakse nisu narušavale tržišno natjecanje. Iako se naizgled čini da je sadržaj predmetne direktive isprepleten s pravom tržišnog natjecanja, ne radi se o proširenju tog prava, već o sasvim novom području koje ima šire područje djelovanje od zaštite tržišnog natjecanja - suzbijanje nepoštenih trgovačkih praksi koje ne narušavaju nužno i tržišno natjecanje. U radu će se analizirati i pokazati najvažnije prednosti i mane, kako iz pozicije zakonodavca EU, tako i sa stajališta hrvatskog nacionalnog propisa kojim je ta direktiva unesena u hrvatskog pravo. Sve to s ciljem davanja savjeta koji mogu pomoći državama kandidatkinjama za članstvo u Europskoj uniji prilikom uvođenja te direktive u svoje nacionalno pravo.

Ključne riječi: *nepoštene trgovačke prakse, trgovački odnosi, tržišno natjecanje, lanci opskrbe hranom*

I Uvod

U radu se obrađuje novina europske pravne stečevine, Direktiva (EU) 2019/633 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima među poduzećima u lancu opskrbe poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima (dalje: UTPD).⁹⁵ Radi se o direktivi koja odstupa od ustaljenih obrazaca ponašanja u trgovačkim odnosima, a to je da sudionicima takvim odnosa dopušta da načelno slobodno uređuju svoje odnose. Naime, UTPD-om se zabranjuje korištenje nepoštenih trgovačkih praksi između trgovaca u lancima opskrbe hranom. Takva zabrana izrazito podsjeća na zabranu korištenja nepoštenih poslovnih praksi u potrošačkim ugovorima. Drugim riječima, stječe se dojam da je zaštita potrošača stigla i u odnose između trgovaca, doduše trenutno samo u odnose koji postoje u lancima opskrbe hranom.

Ovim će se radom općenito obrazložiti sadržaj UTPD-a, tj. pozadina donošenja te direktive, njezino sporno područje i polje primjene, ukratko će se analizirati predmet zabrane i na kraju postupovne odredbe s osvrtom na usklađivanje nacionalnog prava s tom direktivom. Namjera je ovog rada da upozori na neke probleme koji postoje vezano za primjenu UTPD-a, a time i dade neke praktične savjete koji mogu pomoći državama kandidatkinjama za članstvo u Europskoj uniji, kao što je Crna Gora, prilikom uvođenja predmetne direktive u svoje nacionalno pravo.

II Zaštita od nepoštenih trgovačkih praksi u odnosima između trgovaca

Načelo slobode ugovaranja jedno je od opće prihvaćenih načela obveznog prava. Prema tom načelu trgovci mogu uređivati svoj odnos kako god žele osim na način koji je protivan ustavu, prisilnim propisima i moralu društva.⁹⁶ Iako se izneseno načelo primjenjuje na sve vrste ugovornih odnosa, ono je najizraženije upravo u trgovačkim odnosima jer se od trgovaca očekuje da u takve odnose stupaju s povećanim stupnjem pažnje, većom spremnošću

* Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; email: tomislav.jaksic@pravo.unizg.hr

⁹⁵ Direktiva (EU) 2019/633 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima među poduzećima u lancu opskrbe poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima, SL L 111, 25.4.2019, 59–72.

⁹⁶ Tako sa stajališta hrvatskog prava vidi čl. 2. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22, 155/23) (dalje: ZOO) kojim je uređeno načelo slobode uređivanja obveznih odnosa.

na preuzimanje poslovnih rizika, a time i na snošenje potencijalnog gubitka.⁹⁷ Iznosena opća pravila obveznog prava kao da počivaju na opće prihvaćenoj zabludi da su svi trgovci jednaki odnosno da svi trgovci imaju jednaku mogućnost utjecaja na sadržaj ugovora s drugim trgovcem.

Ograničenja takve slobode ugovaranja do sada su redovno bila uređena prisilnim odredbama obveznih zakonika (npr. pravilima o ništetnosti pojedinih odredaba ugovora i zateznim kamatama) i pravilima o zaštiti tržišnog natjecanja. Pritom su pravila o zaštiti tržišnog natjecanja samo posredno (refleksno) djelovala na suzbijanje nepoštenih trgovačkih praksi između trgovaca (npr. kroz zabranu zlouporabe vladajućeg položaja) jer je primarna svrha tih pravila sprječavanje narušavanja tržišnog natjecanja, a ne suzbijanje nepoštenih trgovačkih praksi.⁹⁸ Međutim, unatrag zadnja dva desetljeća raste svijest europskog i nacionalnog zakonodavca o tome kako nisu svi trgovci jednaki te da je i između različitih trgovaca koji djeluju na različitim tržištima česta upotreba nepoštenih trgovačkih praksi na štetu slabije ugovorne strane.⁹⁹ Takva nejednakost može biti posljedica asimetrije

⁹⁷ U tom smjeru vidi Rinaldo Carlotta, „Beyond Consumer Law – Small Enterprises, Independent Contractors and other Professional Weak Parties“, *ERCL*, 2019, 15(2), 235.

⁹⁸ Tako vidi Keirsbilck Bert, Paredis Elisa, „Run-up, legal basis and scope of application“, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelyne Terryn), Intersentia, Cambridge, 2020, 4. Naime, ne narušava svaka nepoštena trgovačka praksa istovremeno i tržišno natjecanje. Nepoštene trgovačke prakse koje ne narušavaju tržišno natjecanje su izvan dosega pravila o tržišnom natjecanju (npr. kada kupac nema vladajući položaj na tržištu). Takve prakse, međutim, mogu doći pod primjenu pravila o nepoštenim trgovačkim praksama u lancima opskrbe hranom. U tom smjeru također vidi Glöckner Jochen, „Unfair trading practices in the supply chain and the co-ordination of European contract, competition and unfair competition law in their reaction to disparities in bargaining power“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Vol. 12, No. 5, 418; Daskalova Victoria, „The New Directive on Unfair Trading Practices in Food and EU Competition Law: Complementary or Divergent Normative Frameworks?“, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2019, Vol. 10, No. 5, 284; Butorac Malnar Vlatka, Braut Filipović Mihaela, Zubović Antonija, „Rethinking Unfair Trading Practices in Agriculture and Food Supply Chain: The Croatian Perspective“, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series* 5, no. Special Issue, 2021, 17.

⁹⁹ Tako, primjerice, vidi t. 8 preambule Direktiva 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 149, 11.6.2005., 22–39. U preambuli te direktive se upućuje na razmatranje širenja polja primjene ove direktive na odnose koji nisu potrošački po svojoj naravi. Tako također vidi Wiewiórowska–Domagalska Anetam, *Briefing: Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food Supply Chain*, Policy Department A: Economy and Scientific Policy, European Parliament, PE 563.430, 1. U pogledu nejednakosti

u informacijama, stručnom znanju i iskustvu, općenito tržišnom udjelu trgovca, a može biti i posljedica specifičnog načina poslovanja koje tog sudionika tržišta čini ovisnim o drugom sudioniku (npr. zbog korištenja određenog proizvodnog procesa), jednostavno superiornoj sposobnosti pregovaranja jednog sudionika nad drugim ili nemogućnosti utjecaja na sadržaj ugovora kojeg nudi jači sudionik po načelu uzmi ili ostavi. Međutim, iako je intervencija europskog i nacionalnog zakonodavca u trgovački odnos neuobičajena, ona nije nepoznata u praksi (npr. vezano za ograničavanje slobode ugovaranja rokova plaćanja).¹⁰⁰ Upravo je na jačanju svijesti o nejednakosti trgovaca nastala i potreba zaštite prodavatelja (dobavljača) u lancu opskrbe hranom. U prilog takvom jačanju svijesti govori činjenica da su zakonodavci više država članica donijeli na vlastitu inicijativu pravila o zabrani nepoštenih trgovačkih praksi u lancima opskrbe hranom.¹⁰¹ Tome pridonosi i činjenica da nadležna nacionalna tijela u svojim odlukama redovito utvrđuju razne povrede zabrane korištenja nepoštenih trgovačkih praksi.¹⁰²

Komisija je u razdoblju od 2009. do 2016. poticala države članice na samostalno uvođenje sustava zaštite od nepoštenih trgovačkih praksi u lancima opskrbe hranom, bilo kroz pravne propise ili dobrovoljne sustave

trgovaca također vidi Rinaldo Carlotta, „Beyond Consumer Law – Small Enterprises, Independent Contractors and other Professional Weak Parties“, *ERCL*, 2019, 15(2), 228, 232.

¹⁰⁰ Tako, primjerice, vidi Direktivu 2011/7/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 2011. o borbi protiv kašnjenja u plaćanju u poslovnim transakcijama, tekst značajan za EGP, SL L 48, 23.2.2011., 1–10; Direktivu 2006/114/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o zavaravajućem i komparativnom oglašavanju, SL L 376, 27.12.2006, 21–27; Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents OJ L 382, 31.12.1986, 17–21. Sa stajališta hrvatskog prava treba uputiti i na čl. 63. i 64. Zakona o trgovini (Narodne novine br. 87/08, 96/08, 116/08, 76/09, 114/11, 68/13, 30/14, 32/19, 98/19, 32/20, 33/23) kojima je također zabranjeno nepošteno trgovanje između trgovaca. Pritom se navode i primjeri takvih praksi, npr. reklamiranje, oglašavanje ili ponuda robe ili usluga iskorištavanjem ugleda drugog trgovca, njegovih proizvoda ili usluga kao i neopravdano raskidanje ugovora s pojedinim trgovcem kako bi se sklopio isti ili povoljniji ugovor s drugim trgovcem). U pogledu učinka povrede zabrane nepoštenog trgovanja određeno je samo kako oštećena strana ima pravo na naknadu štete.

¹⁰¹ Tako je, primjerice, Hrvatska donijela Zakon o zabrani nepoštenih trgovačkih praksi u lancu opskrbe hranom (Narodne novine br. 117/17, 52/21, 27/24) (dalje: ZZNTP) još 2017., dok su Mađarska i Češka donijela takav zakon još 2009., a Slovačka 2013. Više o tome vidi Rende Andrea, *Study on the legal framework covering business-to-business unfair trading practices in the retail supply chain*, Final report, 26 February 2014, 71–73.

¹⁰² U pogledu broja odluka, nadležno nacionalno tijelo u Hrvatskoj donese u prosijeku oko 50-ak odluka godišnje zbog povrede pravila ZZNTP-a.

upravljanja, koji očito nisu uredili željenim učinkom.¹⁰³ Shodno tome, europski zakonodavac je tek 2019. godine usvojio UTPD. UTPD je usmjeren na uspostavu ujednačenih pravila za suzbijanje nepoštenih trgovačkih praksi između trgovaca u lancu opskrbe hranom na razini cijele Europske unije.¹⁰⁴ Radi se o instrumentu minimalne harmonizacije što znači da su sve države članice dužne uskladiti svoje propise s tom direktivom, ali su pritom ovlaštene i proširiti njezin sadržaj, što su brojne države i učinile (npr. Hrvatska i Austrija).¹⁰⁵ UTPD se primjenjuje samo na odnose između trgovaca koji djeluju na tržištu opskrbe hranom, no čini se kako europski zakonodavac ne namjerava tu stati, već namjerava širiti zaštitu protiv nepoštenih trgovačkih praksi i na druge trgovačke odnose.¹⁰⁶

Nema dvojbe kako je nekim sudionicima tržišta potrebna takva zaštita jer bi u suprotnom mogli odustati od obavljanja predmetne djelatnosti na tom tržištu. Izneseno samo po sebi nije nužno problem, osim kada se radi o

¹⁰³ Tako vidi t. 2. preambule UTPD-a.

¹⁰⁴ Tako vidi čl. 1. st. 1. i čl. 2. st. 1. t. 2. i 3. UTPD-a.

¹⁰⁵ Tako sa stajališta hrvatskog prava vidi čl. 11. ZZNTF kojim je značajno proširena lista nepoštenih trgovačkih praksi u odnosu na UTPD. Sa stajališta austrijskog prava vidi, primjerice, t. 10. i 11. Anhang I Änderung des Bundesgesetzes zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, (NR: GP XXVII RV 1167 AB 1212 S. 135. BR: AB 10844 S. 936.). UTPD stoga neće izjednačiti zaštitu na razini Europske unije jer će neke države članice proširiti polje primjene predmetne direktive svojim vlastitim odredbama, dok će druge samo udovoljiti minimalnom sadržaju zaštite kojeg nameće predmetna direktiva (čini se da je trenutno to pet država članica). Shodno tome, otvara se mogućnost regulatornog natjecanja između država članica i prosto za tzv. *forum shoppinga* kroz izbor države članice za pokretanje postupka radi ostvarivanja zaštite jer su moguće situacije u kojoj će se određena trgovačka praksa smatrati nepoštenom u jednoj državi članici, a u drugoj neće. Takvo je regulatorno natjecanje donekle ublaženo nakon donošenja UTPD-a jer UTPD ipak određuje neke prakse nepoštenim kao minimalni standard u Europskoj uniji. Za statistiku usklađivanja s čl. 3. UTPD-a vidi Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o stanju u pogledu prenošenja i provedbe Direktive (EU) 2019/633 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima među poduzećima u lancu opskrbe poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima, Bruxelles, 27.10.2021., COM(2021) 652 final, 7-8. Za opasnost regulatornog natjecanja u ovom pogledu vidi Cafaggi Fabrizio, Iamiceli Paola, „Unfair Trading Practices in Food Supply Chains. Regulatory Responses and Institutional Alternatives in the Light of the New EU Directive“, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3380355, pristup 1.XI.2024., 14.

¹⁰⁶ Tako, primjerice, vidi amandman 12 Unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain, Proposal for a directive (COM(2018)0173 – C8-0139/2018 – 2018/0082(COD)), AB-0309/2018. Više o tome vidi i Keirsbilck Bert, Paredis Elisa, „Run-up, legal basis and scope of application“, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelyne Terry), Intersentia, Cambridge, 2020, 31.

djelatnostima koje su od posebnog značaja za države članice (npr. kao što je upravo poljoprivreda i proizvodnja hrane). Prema tome, dvojbeno je treba li proširiti zaštitu na sve trgovačke odnose.¹⁰⁷ Ne treba zaboraviti kako obvezno pravo u brojnim državama članicama već pruža zaštitu trgovcima kroz opća načela obveznog prava, pravila o ništetnosti ugovora ili pojedinih odredaba ugovora, ništetnosti općih uvjeta ugovora, visini kamate, visini ugovorne kazne, kroz pravilo *contra proferentem* kod tumačenja spornih odredaba ugovora, pravila o izmjeni ili raskidu ugovora zbog promijenjenih okolnosti, zastari, prijevari i sl.¹⁰⁸ Pored toga, uvođenje opće zabrane nepoštenih trgovačkih praksi narušilo bi ujednačenu primjenu standarda pažnje u ispunjavanju obveza i ostvarivanju prava u trgovačkim odnosima (u hrvatskom pravu je to pažnja dobrog gospodarstvenika). Takva relativizacija objektivnog standarda pažnje u trgovačkim odnosima rezultirala bi njegovom subjektivizacijom u svakom pojedinom slučaju.¹⁰⁹ Stoga bi bilo prikladnije proširiti postojeće zakonske odredbe o ništetnosti pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora, a posebno uređenje nametnuti samo na tržištima u kojima postoje značajne i očite neravnoteže između sudionika (npr. tamo gdje postoji značajna koncentracija sudionika na strani ponude ili potražnje, gdje je zbog toga visok trošak promjene ugovornog partnera odnosno gdje je slabija ugovorna strana izrazito gospodarski ovisna o jačoj ugovornoj strani).¹¹⁰

¹⁰⁷ U tom smjeru vidi Butorac Malnar Vlatka, Braut Filipović Mihaela, Zubović Antonija, „Rethinking Unfair Trading Practices in Agriculture and Food Supply Chain: The Croatian Perspective,” *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series* 5, no. Special Issue, 2021, 23.

¹⁰⁸ U tom smjeru sa stajališta njemačkog prava vidi Glöckner Jochen, „Unfair trading practices in the supply chain and the co-ordination of European contract, competition and unfair competition law in their reaction to disparities in bargaining power“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Vol. 12, No. 5, 421-423, 428-429. U tom smjeru sa stajališta njemačkog i talijanskog prava vidi Rinaldo Carlotta, „Beyond Consumer Law – Small Enterprises, Independent Contractors and other Professional Weak Parties“, *ERCL*, 2019, 15(2), 228-229, 238.

¹⁰⁹ Izneseno bi svakako dovelo i do jačanja pravne nesigurnosti jer bi se u jednom sporu na trgovca tražilo postupanje po strožim pravilima (npr. tamo gdje je taj trgovac jača ugovorna strana), a u drugom sporu bi se tog istog trgovca ne bi tražilo postupanje po takvim strožim pravilima (npr. tamo gdje taj trgovac nije jača ugovorna strana). Izneseno upućuje na potrebu, barem sa stajališta hrvatsko prava i prava drugih država bivše Jugoslavije čiji obvezni zakonici počivaju na Zakonu o obveznim odnosima iz 1978., potpune redefinije standarda pažnje koji se zahtjeva od sudionika obveznih odnosa u ostvarivanju prava i ispunjenju obveza.

¹¹⁰ U tom smjeru, navodeći kako je zaštita od nepoštenih trgovačkih praksi opravdana u navedenim situacijama, vidi Rinaldo Carlotta, „Beyond Consumer Law – Small Enterprises, Independent Contractors and other Professional Weak Parties“, *ERCL*, 2019, 15(2), 233, 235.

Konačno, treba imati u vidu i da pružanje zaštite pojedinim sudionicima trgovačkih odnosa predstavlja diskriminaciju prema ostalim sudionicima koji ne uživaju takvu zaštitu. To je, primjerice, slučaj kod maloprodaje robe gdje su proizvođači (dobavljači) robe koja nije hrana također redovito izloženi nepoštenim trgovačkim praksama od strane jačih kupca (npr. to mogu biti dobavljači kemijskih proizvoda za čišćenje, deterdženata, odjeće, proizvoda za osobnu higijenu), a takve su situacije moguće i na drugim tržištima (npr. u prerađivačkoj industriji, špediciji, posredovanju i skladištenju robe).¹¹¹ U svakom slučaju, posebno uređenje nepoštenih trgovačkih praksi može bitno utjecati na ustaljene obrasce ponašanja u ugovornim odnosima u brojnim pravnim sustavima diljem Europe.

III Područje i polje primjene UTPD-a

Kao što je ranije navedeno, primjena UTPD-a je ograničena na odnose između trgovaca koji djeluju na tržištu opskrbe hranom. U tom pogledu, adresati zaštite su isključivo poljoprivredni proizvođači i drugi dobavljači hrane, ali ne i kupci hrane. Razlog tome treba tražiti u izrazitoj koncentraciji tržišta na strani krajnjeg kupca zbog čega velik broj proizvođača i dobavljača ovisi o sve manjem broju kupaca niz lanac opskrbe koji stoga imaju bolji pregovarački položaj. Drugi razlog može ležati i u pravnoj osnovi na kojoj počiva donošenje UTPD-a, tj. čl. 43. Ugovora o funkcioniranju Europske unije o ovlastima Europske unije u pogledu provedbe zajedničke poljoprivredne politike.¹¹² Zbog takvog jačeg pregovaračkog položaja kupci redovito nameću svojim dobavljačima nepoštene trgovačke prakse kojima se narušava ravnoteža u pravima i obvezama između ugovornih strana u korist kupca.¹¹³ U lancu opskrbe hranom između krajnjeg kupca i proizvođača često

¹¹¹ U tom smjeru vidi Glöckner Jochen, „Unfair trading practices in the supply chain and the co-ordination of European contract, competition and unfair competition law in their reaction to disparities in bargaining power“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Vol. 12, No. 5, 426. Za neravnотеžu u prerađivačkoj industriji vidi Cafaggi Fabrizio, Iamiceli Paola, „Unfair Trading Practices in Food Supply Chains. Regulatory Responses and Institutional Alternatives in the Light of the New EU Directive“, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3380355, pristup 1.XI.2024., 5.

¹¹² S obzirom da je zajednička poljoprivredna politika usmjerena na zaštitu poljoprivredne djelatnosti može se tvrditi kako je logično što je UTPD usmjeren na zaštitu poljoprivrednika kao prodavatelja, a ne kupaca.

¹¹³ Tako vidi Keirsbilck Bert, Paredis Elisa, „Run-up, legal basis and scope of application“, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelynne Terryn), Intersentia, Cambridge, 2020, 1.

djeluju i drugi trgovci (npr. prerađivači, posrednici, uvoznici i distributeri). Takve osobe redovito prevaljuju teret svojih nepoštenih pogodbi iz ugovora sa svojim kupcem na svojeg dobavljača, sve do proizvođača hrane (npr. poljoprivrednika) koji se nalazi na početku lanca opskrbe.¹¹⁴ Shodno tome, može se zaključiti kako je u odnosima u lancu opskrbe hranom ozbiljno narušeno načelo jednake vrijednosti činidaba u korist kupca zbog čega se Europska komisija odlučila na donošenje UTPD-a.¹¹⁵ Međutim, treba imati na umu kako jači pregovarački položaj nema nužno uvijek štetan učinak za tržište jer može biti i pokretač tržišnog gospodarstva.¹¹⁶

Mjerilo na kojem počiva ocjena postojanja takvog jačeg pregovaračkog položaja je razlika između ukupnog godišnjeg prometa prodavatelja (dobavljača) i kupca. UTPD pritom postavlja prag za primjenu predmetnih pravila ukupni godišnji promet kupca od barem 2 milijuna eura, pri čemu prodavatelj (dobavljač) mora imati manji promet od kupca.¹¹⁷ To znači kako se predmetna pravila ne primjenjuju na kupce koji se nalaze ispod navedenog praga godišnjeg prometa kao ni na odnose u kojima je prodavatelj (dobavljač) onaj koji ima veći godišnji promet od kupca. Pored toga, postavljen je i gornji prag od 350 milijuna eura za prodavatelje (dobavljače) na način da se prodavatelji (dobavljači) čiji ukupni godišnji prihod prelazi navedeni iznos ne mogu pozivati na zaštitu koju pruža predmetna direktiva čak i ako kupac i dalje ima veći godišnji promet. Smatra se kako su prodavatelji (dobavljači) s takvim godišnjim prihodom sposobni sami zaštititi svoje interese u odnosima

¹¹⁴ *Ibid*, 16. Tako također vidi Butorac Malnar Vlatka, Braut Filipović Mihaela, Zubović Antonija, „Rethinking Unfair Trading Practices in Agriculture and Food Supply Chain: The Croatian Perspective,” *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series* 5, no. Special Issue, 2021, 13; Cafaggi Fabrizio, Iamiceli Paola, „Unfair Trading Practices in Food Supply Chains. Regulatory Responses and Institutional Alternatives in the Light of the New EU Directive“, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3380355, pristup 1.XI.2024., 2.

¹¹⁵ U praksi su moguće situacije u kojima prodavatelj (dobavljač) ima jednak ili bolji pregovarački položaj od kupca (npr. Coca-cola ili Ferrero prema Kauflandu ili Intersparu), no takve su situacije ipak rjeđe u praksi te su vjerojatno isključene iz polja primjene UTPD-a po mjerilu većeg ukupnog godišnjeg prometa u korist prodavatelja (dobavljača).

¹¹⁶ Tako vidi Glöckner Jochen, „Unfair trading practices in the supply chain and the co-ordination of European contract, competition and unfair competition law in their reaction to disparities in bargaining power“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Vol. 12, No. 5, 417.

¹¹⁷ Tako vidi čl. 1. st. 2. t. (a) UTPD-a.

s kupcem pa je shodno tome i manja opasnost od korištenja nepoštenih trgovačkih praksi u njihovim odnosima.¹¹⁸

Predmetno mjerilo jačeg pregovaračkog položaja nije najsretnije postavljeno jer su zamislive situacije u kojima je kupac zaista po ukupnom godišnjem prihodu iznad prodavatelja (dobavljača), ali je takva razlika gotovo pa neznatna (npr. samo 10 tisuća eura). Prema UTPD-u bi se smatralo da je kupac zaista u jačem pregovaračkom položaju od prodavatelja (dobavljača), no to zapravo nije slučaj jer se radi o gotovo pa neznatnoj razlici koja može biti rezultat djelovanja slučajnih okolnosti. Shodno tome, bilo bi bolje da mjerilo jačeg pregovaračkog položaja nije tako precizno određeno, već da je određeno apstraktno pri čemu konačna procjena o postojanju jačeg pregovaračkog položaja ovisi o razmatranju i drugih elemenata od kojih je ukupni godišnji promet samo jedan od njih.¹¹⁹ Jači pregovarački položaj jedne strane može biti posljedica cijelog niza okolnosti poput, primjerice, izostanka alternativnih kupaca uslijed slabije razvijenog tržišta, velikog ugleda kojeg kupac ima na tržištu, a kojeg prodavatelj ne može ignorirati u svojoj prodajnoj strategiji, a to može biti i bilo koji drugi vid gospodarske ovisnosti prodavatelja prema kupcu.¹²⁰ Na tom je tragu donekle i hrvatski zakonodavac koji je samo općenito odredio kako se smatra da značajni pregovarački položaj ima kupac koji je ostvario ukupni godišnji prihod od najmanje 2 milijuna eura i koji je prihodovno snažniji od prodavatelja (dobavljača), osim ako kupac dokaže da je prodavatelj (dobavljač) prihodovno jača ugovorna strana u odnosu na kupca.¹²¹ Shodno tome, procjenu ima li kupac jači

¹¹⁸ U tom smjeru vidi t. 9. i 14. preambule UTPD-a.

¹¹⁹ Čini se kako se europski zakonodavac upravo odlučio za suprotan pristup čiji je fokus predvidljivost. U tom smjeru vidi t. 14. preambule UTPD-a. Više o tome također vidi Keirsbilck Bert, Paredis Elisa, "Run-up, legal basis and scope of application", *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelyne Terryn), Intersentia, Cambridge, 2020, 30. U smjeru da se pri utvrđivanju jačeg pregovaračkog položaja nije dovoljno osloniti isključivo na kvantitativna mjerila, već i na mjerila koja počivaju na asimetriji između ugovornih strana vidi Rinaldo Carlotta, „Beyond Consumer Law – Small Enterprises, Independent Contractors and other Professional Weak Parties“, *ERCL*, 2019, 15(2), 234; Daskalova Victoria, „The New Directive on Unfair Trading Practices in Food and EU Competition Law: Complementary or Divergent Normative Frameworks?“, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2019, Vol. 10, No. 5, 286.

¹²⁰ Tako vidi Keirsbilck Bert, Paredis Elisa, "Run-up, legal basis and scope of application", *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelyne Terryn), Intersentia, Cambridge, 2020, 33.

¹²¹ Tako vidi čl. 3. st. 1. ZZNTP-a. Slično je postupio švedski i latvijski zakonodavac. Tako vidi Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i

pregovarački položaj u odnosu na prodavatelja (dobavljača) daje nadležno nacionalno tijelo i sudovi pri čemu se čini kako je moguće uzeti u obzir i druge aspekte koji utječu na ovisnost proizvođača (dobavljača) prema kupcu. Međutim, treba naglasiti kako hrvatski zakonodavac isto naglašava kako je i tu odlučno mjerilo prihod kupca u odnosu na prihod proizvođača (dobavljača). Pritom se čini logičnim odrediti da se u ukupni godišnji prihod kupca uračunava i prihod kojeg su ostvarili s kupcem povezana društva na svjetskoj razini.¹²² Time se sprječava potencijalna zlouporaba iznesenih pravila o ukupnom godišnjem prometu kupca na način da kupac osnuje posebno društvo koje neposredno nabavlja robu od proizvođača (dobavljača), a od kojeg onda kupac nabavlja tu robu. Čini se kako bi izneseno o kumuliranoj bilanci svih povezanih društava, zbog jednakog tretmana sudionika u tim lancima, trebalo propisati i za proizvođače (dobavljače) jer bi oni isto tako mogli zloupotrijebiti pravilo o tome da moraju imati manji godišnji prihod od kupca.

Štite se isključivo odnosi u kojima su predmet kupoprodaje poljoprivredni i prehrambeni proizvodi navedeni u Prilogu I. UFEU-u, kao i proizvodi koji nisu navedeni u tom Prilogu (npr. povrće, voće, meso i mlijeko), ali su prerađeni za upotrebu kao hrana s pomoću proizvoda koji su navedeni u tom Prilogu (npr. jogurt, pivo, osvježavajuća pića i čokolada).¹²³ Pod takvim se proizvodima podrazumijeva isključivo hrana koja je namijenjena za ljudsku prehranu odnosno isključena je hrana za bilo koju drugu upotrebu (npr. stočna hrana i hrana za kućne ljubimce).¹²⁴ Pored kupoprodajnih odnosa, zaštićeni su i odnosi čiji je predmet pružanje određenih usluga koje se redovito vežu uz prodaju poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda (npr. oglašavanje, marketing i opremanje prostora

socijalnom odboru i Odboru regija o stanju u pogledu prenošenja i provedbe Direktive (EU) 2019/633 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima među poduzećima u lancu opskrbe poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima, Bruxelles, 27.10.2021., COM(2021) 652 final, 6.

¹²² Tako vidi čl. 3. st. 2. ZZNTF-a koja je unesena u hrvatsko po uzoru na definiciju kupca iz čl. 2. st. 1. t. 2. UTPD-a. Takvom usklađivanju pridonosi i predmnijeva o postojanju jačeg pregovaračkog položaja kupca u slučaju da nadležnom nacionalnom tijelu ne dostavi podatke o ukupnom godišnjem prometu povezanih društava.

¹²³ Tako vidi čl. 1. st. 1. i čl. 2. st. 1. t. 1. UTPD-a.

¹²⁴ Tako vidi Keirsbilck Bert, Paredis Elisa, "Run-up, legal basis and scope of application", *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelynne Terryn), Intersentia, Cambridge, 2020, 28.

za prodaju proizvoda dobavljača).¹²⁵ UTPD pritom ne određuje odredbom što su to nepoštene trgovačke prakse iako u neobvezujućoj preambuli daje naslutiti što bi se smatralo takvom praksom.¹²⁶ Općenito gledano nepoštene trgovačke prakse podrazumijevaju prakse koje značajno odstupaju od dobrih trgovačkih običaja, koje su protivne načelu savjesnosti i poštenja i koje je ugovornoj strani jednostrano nametnula druga ugovorna strana.¹²⁷ U svakom slučaju, pojam nepoštenih trgovačkih treba tumačiti široko na način da takve prakse obuhvaćaju ustaljene poslovne prakse i same ugovorne odredbe.¹²⁸

U pogledu međunarodnog elementa, UTPD nalazi primjenu kada prodavatelj (dobavljač) ili kupac ima poslovni nastan na području Europske unije.¹²⁹ To znači kako UTPD štiti i prodavatelje (dobavljače) koji imaju

¹²⁵ Tako vidi čl. 1. st. 2. UTPD-a.

¹²⁶ Tako je u t. 1. preambule UTPD-a određeno kako nepoštene trgovačke prakse mogu, primjerice, uvelike odstupati od dobrog poslovnog ponašanja, biti protivne dobroj vjeri i poštenom postupanju te ih jedan trgovinski partner može jednostrano nametnuti drugome, a njima se može nametnuti i neopravdan i nerazmjern prijenos gospodarskog rizika s jednog trgovinskog partnera na drugog ili se njima može jednom trgovinskom partneru nametnuti znatna neravnoteža prava i obveza pri čemu određene prakse mogu biti očito nepoštene čak i u slučajevima kada se obje strane s njima slažu.

¹²⁷ Tako vidi Ménard Claude, „Summary and conclusions: the many challenges of unfair trading practices in food supply chain systems”, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Federica Di Marcantonio, Pavel Ciaian), European Commission, JRC Technical Reports, 2017, 70; Wiewiórowska-Domagalska Anetam, *Briefing: Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food Supply Chain*, Policy Department A: Economy and Scientific Policy, European Parliament, PE 563.430, 1.

¹²⁸ U tom smjeru vidi De Pourcq Sofia, Terryn Evelyne, „Prohibited and conditionally permitted unfair trading practices“, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelyne Terryn), Intersentia, Cambridge, 2020, 41. Tako, primjerice, vidi i definiciju i čl. 2. st. 1. t. 2. ZZNT-a prema kojoj su nepoštene trgovačke prakse ugovorne odredbe i/ili poslovne prakse koje u vezi s prodajom poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda prodavatelju (dobavljaču) jednostrano nametne kupac, koristeći svoju značajnu pregovaračku snagu u odnosu na prodavatelja (dobavljača), a suprotno načelima savjesnosti i poštenja, načelu ravnopravnosti ugovornih strana, načelu jednake vrijednosti činidaba i dobroj poslovnoj praksi u proizvodnji i/ili trgovini poljoprivrednim ili prehrambenim proizvodima, odnosno koje nisu u skladu s odredbama zakona kojima se uređuje što se smatra nepoštenom trgovačkom praksom.

¹²⁹ Tako vidi t. 12. preambule i čl. 1. st. 2. UTPD-a prema kojoj se predmetna direktiva primjenjuje na prodaju u okviru koje dobavljač ili kupac ili oboje strane imaju poslovni nastan u Europskoj uniji. Neke države članice (npr. Luxemburg, Litva, Malta i Švedska) uvjetuju primjenu pravila o nepoštenim trgovačkim praksama time da proizvođač (dobavljač) ili kupac imaju poslovni nastan u tim državama članicama. Izneseno rješenje čini se preciznijim jer jasnije određuje nadležnost i teritorijalno područje primjene. Prema hrvatskom rješenju proizlazi da zaštita hrvatskog prava mogu tražiti i proizvođači (dobavljači) koji imaju poslovni nastan i djeluju isključivo na području neke druge države članice (čl. 1. st. 3. ZZNT-a). Dvojbeno je bi li takvo tumačenje na kraju prošlo pred

poslovni nastan izvan Europske unije. Očito je namjera europskog zakonodavca potaknuti širenje kulture o nekorištenju nepoštenih trgovačkih praksa i u odnosima s inozemnim prodavateljima (dobavljačima) te na taj način ukloniti opasnost od mogućeg refleksnog prebacivanja takvih praksi na druge dobavljače u lancu opskrbe hranom koji imaju poslovni nastan unutar Europske unije.¹³⁰ S druge strane, primjena ovih pravila na kupce koji imaju poslovni nastan izvan Europske unije proširena je kako bi se izbjegle potencijalne zlouporabe poslovnog nastana izvan Europske unije s ciljem izbjegavanja primjene pravila UTPD-a. Treba imati u vidu kako bi se iznesena pravila mogla negativno odraziti na trgovinsku bilancu s državama izvan Europske unije jer će kupci iz tih trećih država možda izbjegavati trgovinu s prodavateljima (dobavljačima) iz Europske unije jer ne žele poslovati sukladno UTPD pravilima.¹³¹

IV Nepoštene trgovačke prakse prema UTPD-u

Nepoštene trgovačke prakse uređene su čl. 3. UTPD-a. Tom se odredbom uređuju dvije liste nepoštenih trgovačkih praksi, tj. nepoštenih trgovačkih praksi čija je primjena strogo zabranjena (tzv. crna lista) i nepoštenih trgovačkih praksi koje su dopuštene pod uvjetom da obje strane pristanu na primjenu takvih praksi koje su prethodno dogovorene na jasan i nedvosmislen način (tzv. siva lista).¹³² Tako se na crnoj listi nalazi devet nepoštenih trgovačkih praksi (npr. prakse koje se odnose na rokove plaćanja, jednostranu izmjenu određenih uvjeta ugovora, pravo tražiti plaćanje koje nije povezano s prodajom proizvoda dobavljača), a na sivoj listi šest (npr. prakse koje se odnose na vraćanje neprodanih proizvoda dobavljača bez plaćanja ugovorene cijene i kojom kupac traži da dobavljač snosi trošak oglašavanja svojih proizvoda kod kupca).¹³³

sudovima (npr. zbog primjene općih pravila o nadležnosti). U svakom slučaju se rješenja navedenih drugih država članica čine kao primjerenija jer za vođenje postupka pred nadležnim nacionalnim tijelom mora postojati veza između nepoštenih trgovačkih praksi i određene države članice.

¹³⁰ U tom smjeru vidi t. 12. preambule UTPD-a.

¹³¹ Tako vidi Keirsbilck Bert, Paredis Elisa, "Run-up, legal basis and scope of application", *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelyne Terry), Intersentia, Cambridge, 2020, 35.

¹³² Tako za crnu listu vidi čl. 3. st. 1. UTPD-a, a za sivu listu vidi čl. 3. st. 2. UTPD-a.

¹³³ Zbog ograničenja ovog rada neće se ulaziti u analizu sadržaja nepoštenih trgovačkih praksi.

Jedan od očitih nedostataka UTPD-a leži u tome što predmetnom direktivom nisu određene posljedice korištenja nepoštenih trgovačkih praksi. Kako se radi o direktivi, europski zakonodavac je očito uređenje ovog pitanja prepustio državama članicama. Za pretpostaviti je da primjena pravila *pacta sunt servanda* smjera na očuvanje valjanosti ugovora između prodavatelja (dobavljača) i kupca ako takav ugovor može opstati bez sporne odredbe u kojoj je sadržana nepoštena trgovačka praksa. Izneseno rješenje je u skladu s rješenjem koje je predviđeno Direktivom 93/13/EEC o nepoštenim trgovačkim praksama u potrošačkim ugovorima.¹³⁴ Pored toga, takvo rješenje bilo bi i u skladu s pravilima hrvatskog obveznog prava.¹³⁵ Međutim, ZZNTP se također nije najbolje izjasnio o učincima nepoštenih trgovačkih praksi na ugovorni odnos između proizvođača (dobavljača) i kupca.¹³⁶ U svakom slučaju, radi pravne sigurnosti bilo bi dobro jasno odrediti koja je posljedica korištenja nepoštenih trgovačkih praksi.¹³⁷

¹³⁴ Tako vidi čl. 6. st. 1. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, SL L 95, 21.4.1993, 29–34. Više o tome vidi De Pourcq Sofia, Terryn Evelyne, „Prohibited and conditionally permitted unfair trading practices“, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelyne Terryn), Intersentia, Cambridge, 2020, 41–42.

¹³⁵ Tako vidi čl. 324. st. 1. ZOO-a prema kojem ništetnost neke odredbe ugovora ne povlači ništetnost ugovora ako on može opstati bez ništetne odredbe i ako ona nije bila ni uvjet ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen. Također vidi i čl. 324. st. 2. ZOO-a prema kojem će ugovor ipak ostati valjan čak i ako je ništetna odredba bila uvjet ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kad je ništetnost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i vrijedio bez nje.

¹³⁶ U čl. 9. ZZNTP određeno je kako su ništetne samo neke ugovorne odredbe koje utjelovljuju nepošteno trgovačke prakse, tj. odredba o pravu kupca na jednostrani raskid ugovora, na otkaz ugovora bez ostavljanja primjernog otkaznog roka drugoj strani i na jednostranu izmjenu ugovora. U pogledu učinka korištenja ostalih nepoštenih trgovačkih praksi (npr. iz čl. 11. ZZNTP-a) nije ništa određeno osim da su takve prakse zabranjene. U kasnijim se odredbama samo navodi kako nadležno tijelo može zabraniti daljnje korištenje takvih nepoštenih trgovačkih praksi (čl. 20. st. 1. t. 1. ZZNTP-a). Za pretpostaviti je da na takve odredbe treba zapravo primijeniti pravila koja vrijede i za ništetnost pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora iz čl. 296. ZOO-a. Princip nepoštenosti je gotovo pa identičan pravilu ZOO-a o ništetnosti pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora prema kojemu su takve odredbe ništetne ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzroče očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja sastavljača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora.

¹³⁷ To može biti ništetnost pojedinih ugovornih odredaba u kojima su sadržane takve prakse po uzoru na pravila o ništetnosti općih uvjeta ugovora ili pravo oštećene strane na naknadu nastale štete kao što je predviđeno čl. 65. Zakona o trgovini u slučaju nepoštenog trgovanja. Čini se da je prikladnije koristiti prvotno predloženo jer se kod nepoštenog trgovanja može raditi i o izvanugovornim povredama, dok će se kod nepoštenih trgovačkih praksi redovito raditi o ugovornih odredbama ili poslovnoj praksi koju su ugovorne strane razvile među

V Postupak zaštite i usklađivanje nacionalnog prava s UTPD-om

Usklađivanje nacionalnog prava s UTPD-om ima cijeli niz prednosti, npr. ujednačen pristup zabrani određenih nepoštenih trgovačkih praksi na cijelom unutarnjem tržištu i smanjeni troškovi informiranja adresata pravila jer UTPD osigurava ujednačeni standard zaštite od korištenja određenih nepoštenih trgovačkih praksi na razini cijele Europske unije.¹³⁸ Što se tiče samog uvođenja u nacionalno pravo, većina država članica je uskladila svoje nacionalno pravo s UTPD-om kroz donošenje posebnih sektorskih pravila (npr. Hrvatska, Njemačka, Češka i Austrija), neke su države članice uklopile odredbe direktive u pravila o tržišnom natjecanju (npr. Bugarska), dok su neke države članice proširile postojeća pravila o zabranjenim trgovačkim praksama u trgovini (npr. Francuska i Litva).¹³⁹ Pritom su se države članice uglavnom zadržale na proizvođačima (dobavljačima) i kupcima u lancu opskrbe hranom kao adresatima zabrane korištenja nepoštenih trgovačkih praksi. To znači kako nije posebno šireno područje primjene na druge srodne odnose kao što je prodaja ulaznih proizvoda za poljoprivrednu proizvodnju (npr. gnojiva) ili na pružanje digitalnih usluga vezano za prodaju hrane.¹⁴⁰

Pored materijalnog dijela kojim se uređuje polje primjene i što se sve smatra nepoštenom trgovačkom praksom, UTPD sadrži i cijeli niz pravila kojima se uređuje postupak zaštite od nepoštenih trgovačkih praksi. Takva su pravila uglavnom usmjerena na uspostavu mehanizama zaštite kojima se prodavatelji (dobavljači) potiču na prijavu nepoštenih trgovačkih praksi i kroz

sobom u okviru svojih ugovornih odnosa. Ugovorne odredbe bi trebale biti nišetne, a poslovne prakse zabranjene. U tom pogledu može se činiti nepotrebnim i posebno određivanje zabrane korištenja takvih nepoštenih praksi ako su one utjelovljene u nišetnim odredbama ugovora. Takva bi se zabrana, međutim, mogla odnositi na zabranu korištenja takvih praksi *pro futuro* u drugim odnosima i na nepoštenu poslovnu praksu koja je izvanugovorno razvijena između ugovornih strana. Takvo utvrđivanje nišetnosti ne bi trebao biti problem jer nadležno nacionalno tijelo za provedbu UTPD-a u Hrvatskoj (Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja) već ima iskustva s utvrđivanjem nišetnosti sporazuma kojima se narušava tržišno natjecanje.

¹³⁸ U tom smjeru vidi Swinnen Johan, Vandeveldt Senne, „Unfair trading practices — the way forward”, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Federica Di Marcantonio, Pavel Ciaian), European Commission, JRC Technical Reports, 2017, 61.

¹³⁹ Tako vidi Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o stanju u pogledu prenošenja i provedbe Direktive (EU) 2019/633 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima među poduzećima u lancu opskrbe poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima, Bruxelles, 27.10.2021., COM(2021) 652 final, 5.

¹⁴⁰ *Ibid*, 6.

ustanovu odgovarajućeg nacionalnog tijela koje će osigurati preventivnu i naknadnu zaštitu od nepoštenih trgovačkih praksi. Tako nadležno nacionalno tijelo mora ponajprije biti ovlašteno pokrenuti i voditi istragu po službenoj dužnosti, bilo na vlastitu inicijativu ili na temelju prijave.¹⁴¹ To znači kako to nacionalno tijelo samostalno odlučuje hoće li pokrenuti istragu te konačno i postupak protiv određenog kupca. Pored samih proizvođača (dobavljača), pravo na podnošenje prijave imaju i organizacije proizvođača (dobavljača) (npr. gospodarske komore ili udruženja proizvođača) kao i organizacije koje imaju pravni interes štititi njihove interese (npr. neprofitne udruge).¹⁴² Na taj se način može osigurati tajnost identiteta proizvođača (dobavljača) s ciljem njihove zaštite od potencijalne kupčeve odmazde.¹⁴³ Pored navedenog, zaštita identiteta dobavljača (proizvođača) osigurava se i kroz mogućnost podnošenja anonimnih prijava nadležnom nacionalnom tijelu. Takva anonimnost nije apsolutna jer će nadležnom tijelu u pravilu biti poznati podaci o podnositelju prijave, no podnositelj prijave može tražiti od nadležnog nacionalnog tijela da učini povjerljivim određene informacije čije bi otkrivanje bilo štetno za interese podnositelja pritužbe (npr. informacije o identitetu i spornom ugovornom odnosu).¹⁴⁴ Štoviše, ovlašteno nacionalno tijelo bi se trebalo suzdržati od donošenja odluke kojom se utvrđuje postojanje nepoštenih trgovačkih praksi ili objave informacija čije bi otkrivanje bilo štetno za podnositelja pritužbe (npr. ako bi kupac temeljem odluke ili informacija mogao otkriti identitet podnositelja pritužbe).¹⁴⁵ Izneseno znači kako će nadležno nacionalno tijelo nastojati, na temelju dobivenih povjerljivih informacija od strane podnositelja pritužbe, samostalno doći do drugih dokaza koje predstavljaju povredu pravila o zabrani korištenja

¹⁴¹ Tako vidi čl. 6. st. 1. t. (a) UTPD-a.

¹⁴² Tako vidi čl. 5. st. 2. UTPD-a. U tom smjeru vidi Wiewiórowska–Domagalska Anetam, *Briefing: Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food Supply Chain*, Policy Department A: Economy and Scientific Policy, European Parliament, PE 563.430, 5-6.

¹⁴³ Tako vidi t. 31. preambule UTPD-a. U tom smjeru također *Ibid*.

¹⁴⁴ Tako vidi čl. 5. st. 3. UTPD-a. Bilo bi moguće i da se predvidi mogućnost podnošenja potpuno anonimnih prijava (npr. kao što je u Bugarskoj i Litvi). Tako vidi Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o stanju u pogledu prenošenja i provedbe Direktive (EU) 2019/633 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima među poduzećima u lancu opskrbe poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima, Bruxelles, 27.10.2021., COM(2021) 652 final, 10.

¹⁴⁵ Tako vidi čl. 6. st. 1. t. (d) UTPD-a. Takvu je mogućnost propisalo samo nekoliko država članica (npr. Danska i Finska). U tom smjeru također *Ibid*.

nepoštenih trgovačkih praksi. Do takvih će dokaza biti teško doći ako se radi o manjem broju dobavljača ili o informacijama koje mogu jasno uputiti na proizvođača (dobavljača) koji je prijavio kupca nadležnom nacionalnom tijelu.¹⁴⁶ U takvim se slučajevima čini besmislenim UTPD-ovo poticanje proizvođača (dobavljača) na pokušaj mirnog rješenja spora s kupcem.¹⁴⁷

U odnosu na samu strukturu nadležnog nacionalnog tijela UTPD općenito određuje kako takvo tijelo mora raspolagati resursima i stručnim znanjem koje je potrebno za obavljanje dodijeljenih zadaća.¹⁴⁸ U tom pogledu je moguće da takvo tijelo bude neko upravno tijelo u sklopu izvršne vlasti (npr. poseban odjel unutar nekog ministarstva), neovisno tijelo s javnopravnim ovlastima (npr. agencija), sudbeno tijelo (npr. poseban odjel unutar nekog suda), a ono može biti i neko *sui generis* tijelo s posebnim javnopravnim ovlastima (npr. kolegij koji djeluje unutar nacionalne gospodarske komore). To može biti i postojeće nacionalno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja, za tržište hrane ili čak zaštitu potrošača, ministarstvo države članice ili posebno tijelo vlade države članice koje djeluje samostalno ili u okviru nekog ministarstva. Pritom takva ovlast može biti podijeljena između dva ili čak i više nacionalnih tijela.¹⁴⁹ Primjera radi, u Hrvatskoj su

¹⁴⁶ Tako vidi Chagny Muriel, „Enforcement in the Directive (Article 4 to 11)“, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelyne Terryn), Intersentia, Cambridge, 2020, 64-65.

¹⁴⁷ Tako vidi čl. 7. UTPD-a. Međutim, neke države članice predviđaju posebne alternativne načine rješavanja spora između proizvođača (dobavljača) i kupca. Tako, primjerice, može postojati obveza pokušaja mirnog rješavanja spora pred posebnim tijelom čija je odluka obvezujuća za stranke, osim ako jedna od stranaka u roku od tri mjeseca od pokretanja tog postupka ne uputi spor na rješavanje nadležnom sudu (npr. Nizozemska). S druge strane, može postojati obveza pokušaja mirnog rješenja spora samo u pogledu određivanja visine nastale štete (npr. Malta). Tako vidi Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o stanju u pogledu prenošenja i provedbe Direktive (EU) 2019/633 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima među poduzećima u lancu opskrbe poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima, Bruxelles, 27.10.2021., COM(2021) 652 final, 11.

¹⁴⁸ Tako vidi čl. 6. st. 1. UTPD-a.

¹⁴⁹ To je, primjerice, slučaj kada je ovlast podijeljena između jednog provedbenog tijela, ali se traži suradnja oko nekih pitanja s tijelom koje je nadležno za zaštitu tržišnog natjecanja (npr. Danska), a moguće je i da se ovlasti podijele ovisno o tome radi li se o praksama trgovaca sa značajnim udjelom na tržištu (npr. Finska i Latvija). Tako vidi Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o stanju u pogledu prenošenja i provedbe Direktive (EU) 2019/633 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima

ovlasti iz UTPD-a dodijeljene postojećoj Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja, kao neovisnom tijelu koje odgovara samo Hrvatskom saboru, u Francuskoj su takve ovlasti dodijeljene *sui generis* kolegijalnom tijelu CEPC (*Commission d'examen des pratiques commerciales*) koje se sastoji od predstavnika prehrambene industrije, sudbene vlasti, francuskog parlamenta, izvršne vlasti i sl., dok su u Njemačkoj takve ovlasti dodijeljene federalnom uredu BLE (*Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*) koje djeluje unutar ministarstva koje je nadležno za hranu i poljoprivredu, ali koje prilikom izricanja sankcija surađuje s nadležnim tijelom za zaštitu tržišnog natjecanja (*Bundeskartellamt*). Shodno tome, države članice same odlučuju hoće li ovlasti iz UTPD-a dodijeliti novoosnovanom tijelu ili će ih dodijeliti nekom postojećem tijelu. Pritom postupak i odluke takvog nacionalnog tijela moraju biti podložne neovisnoj kontroli (npr. suda ili drugog odjela unutar tog tijela).¹⁵⁰

Neujednačenoj primjeni pravila UTPD-a na razini Europske unije pridonijet će različito shvaćanje i uređenje nepoštenih trgovačkih praksi i decentraliziran pristup nadležnosti za provedbu UTPD-a. Takva pravna nesigurnost može dovesti do situacije u kojoj će određena trgovačka praksa u jednoj državi članici biti zabranjena, a u drugoj neće. UTPD tom problemu donekle doskače time što određuje da se podnositelj prijave može obratiti nadležnom nacionalnom tijelu u državi članici u kojem prodavatelj (dobavljač) ima poslovni nastan ili tijelu u državi članici u kojem kupac ima poslovni nastan ako ugovorne strane imaju poslovni nastan u različitim državama članicama.¹⁵¹ Time se, kao što je ranije upozoreno, otvara prostor prodavatelju (dobavljaču) da bira pravni sustav države članice koja mu pruža veću vjerojatnost zaštite od nepoštenih trgovačkih praksi (tzv. *forum shopping*). Takvo što bi moglo negativno utjecati na gospodarstvo države članice koja pruža veću zaštitu prodavateljima (dobavljačima) jer će neki kupci odbiti poslovati u tim državama članicama što bi se pak moglo, zbog

među poduzećima u lancu opskrbe poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima, Bruxelles, 27.10.2021., COM(2021) 652 final, 9.

¹⁵⁰ U Hrvatskoj je primijenjen model koji je primjenjivan kod ostalih sličnih tijela, tj. takvo tijelo provodi istragu i donosi odluku (rješenje) u upravnom postupku koje je potom podložno kontroli pred upravnim sudom.

¹⁵¹ Tako vidi čl. 5. st. 1. UTPD-a. U tom pogledu za određivanje nadležnosti prema ZZNTU-u vidi fn. 35.

manjka potražnje, negativno odraziti na ostale sudionike lanca opskrbe hranom i potrošače.

Značajna pažnja UTPD-a pridana je preventivnoj zaštiti sudionika tržišta opskrbe hranom kroz odvrćajuće djelovanje zabrane korištenja nepoštenih trgovačkih praksi. To se čini kroz obvezu objave svih odluka nadležnog nacionalnog tijela pri čemu izrečene novčane i druge sankcije moraju biti učinkovite, odvrćajuće i proporcionalne s obzirom na prirodu, trajanje, ponavljanje i ozbiljnost povrede.¹⁵² Pored toga, nadležno nacionalno tijelo objavljuje godišnje izvješće svojih aktivnosti na području zaštite od nepoštenih trgovačkih praksi u lancima opskrbe hranom.¹⁵³ U slučaju utvrđivanja povrede, nadležno nacionalno tijelo ovlašteno je naložiti prekid upotrebe nepoštenih trgovačkih praksi, a ovlašteno je i odrediti druge sankcije (npr. novčane).¹⁵⁴ U svakom slučaju zabranu treba pratiti određivanje mjera, uvjeta i rokova za otklanjanje posljedica nastalih korištenjem nepoštenih trgovačkih praksi.¹⁵⁵ Neke su države članice predvidjele i mogućnost izricanja upozorenja, određivanja obveza usmjerenih na provedbu zabrane korištenja nepoštenih praksi u odnosima s proizvođačima (dobavljačima) i objavu preporuka.¹⁵⁶

Prilikom uvođenja UTPD-a u nacionalno pravo ne treba opterećivati zakonski tekst nepotrebnim sadržajem koji se ionako primjenjuje na ugovorne strane temeljem drugih propisa. Takvo je, primjerice, ponavljanje odredaba ZOO-a i drugih propisa u ZZNTU-u.¹⁵⁷ Također je dvojbeno treba li nacionalni propis sadržavati odredbe o sadržaju i obliku ugovora proizvođača

¹⁵² Tako vidi čl. 6. st. 1. i st. 1. t. (f) UTPD-a.

¹⁵³ Tako vidi čl. 10. st. 1. UTPD-a.

¹⁵⁴ Tako vidi čl. 6. st. 1. t. (d) UTPD-a.

¹⁵⁵ Tako vidi čl. 20. st. 1. t. 1. ZZNTU-a. O važnosti mjera za otklanjanje takvih posljedica vidi Cafaggi Fabrizio, Iamiceli Paola, „Unfair Trading Practices in Food Supply Chains. Regulatory Responses and Institutional Alternatives in the Light of the New EU Directive“, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3380355, pristup 1.XI.2024., 21.

¹⁵⁶ Tako, primjerice, Hrvatska čl. 18. ZZNTU-a kupac, protiv kojeg je pokrenut postupak pred nadležnim tijelom, može predložiti tom tijelu preuzimanje određenih obveza u određenim rokovima koje su usmjerene na otklanjanje indicija koje upućuju na postojanje određenih nepoštenih trgovačkih praksi. S druge strane, mogućnost izricanja upozorenja poznaje Finska i Latvija, a davanje preporuka Grčka.

¹⁵⁷ To je, primjerice, odredba o tome kako je zabranjeno ugovoriti ugovornu kaznu koja je nerazmjerno visoka s obzirom na vrijednost i značenje predmeta obveze (čl. 10. st. 1. ZZNTU-a) ili kako je proizvođač (dobavljač) dužan izdati račun kupcu (čl. 7. st. 1. ZZNTU-a).

(dobavljača) i kupca ako takvo što *ratione materiae* nije neposredan predmet tog zakona, a ako je takve zahtjeve moguće nomotehnički uklopiti u crne i sive liste nepoštenih trgovačkih praksi.¹⁵⁸

VI Zaključak

Upravo činjenica da su sve aktualne države članice uskladile svoja nacionalna prava s UTPD-om može biti od izrazite pomoći državama koje su započele pregovore o pristupanju u članstvo Europske unije i preuzele obvezu usklađivanja nacionalnog prava s europskom pravnom stečevinom. Iskustva drugih država članica mogu biti od značajne pomoći državama kandidatkinjama kao što je Crna Gora. Pritom se treba suzdržati od pukog prepisivanja UTPD-a u nacionalni propis jer predmetna direktiva predstavlja samo minimalni harmonizacijski okvir kojeg je redovito potrebno prilagoditi posebnostima pravnog sustava svake pojedine države, a trebalo bi se suzdržati i od izrade vlastitog propisa koji bi u potpunosti ignorirao stečena iskustva drugih država članica. Takvo iskustvo, štoviše, treba objeručke koristiti prilikom izrade vlastitog nacionalnog propisa. To ne znači kako treba pristupiti suhoparnom prepisivanju postojećeg propisa druge države članice, već je od takvog propisa moguće poći kao osnove na kojoj se gradi vlastiti nacionalni propis koji održava posebnosti društvenog, pravnog i političkog sustava države kandidatkinje. Izneseno može izrazito olakšati postupak usklađivanja nacionalnog prava s europskom pravnom stečevinom.

Pritom je potrebno samo prepoznati državu čiji će pravni sustav poslužiti kao pravo uzora pri takvom usklađivanju. U tom pogledu, državama kandidatkinjama iz područja bivše Jugoslavije kao pravo uzora može poslužiti neka od država članica s tog istog područja (npr. Hrvatska ili Slovenija) zbog sličnosti pravnih sustava, pravne kulture i drugih društvenih okolnosti. U tom mogu poslužiti i prava drugih država članica koja pripadaju istom (kontinentalnom) pravnom krugu kao i pravo države kandidatkinje. Tako je, primjerice, Hrvatskoj kao pravo uzora pri usklađivanju hrvatskog prava s europskom pravnom stečevinom često služilo njemačko i austrijskog pravo. Tako je hrvatsko pravo društava, kao i brojni prateći propisi na tom području, izrađeno po uzoru na njemačko i austrijsko pravo društava. Lavina europskih propisa s kojima je potrebno kontinuirano usklađivati nacionalna

¹⁵⁸ Tako vidi čl. 5. ZZNTTP-a.

prava država članica predstavlja značajan teret manjim državama članicama kao što je Hrvatska. Hrvatski zakonodavac se ne može nositi s tim teretom jednako kao njemački ili austrijski zakonodavac koji usklađivanju svojih nacionalnih prava mogu posvetiti puno više kapaciteta i resursa. Shodno tome, u interesu je malih država članica kao i sličnih država kandidatkinja koristiti se iskustvom, ali i kapacitetima drugih srodnih država članica. Osim što se time olakšava svakodnevni rad nacionalnom zakonodavcu, time se oslobađaju i kapaciteti za europske propise koje zakonodavac ocijeni bitnima i kojima odluči posvetiti svoju punu pažnju.

Tomislav JAKŠIĆ, PhD*

UNFAIR TRADE PRACTICES BETWEEN TRADERS IN THE FOOD SUPPLY CHAIN - ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF A POSSIBLE ARRANGEMENT FOR MONTENEGRO ON THE WAY TO MEMBERSHIP IN THE EUROPEAN UNION

Summary

In 2019, Directive 2019/633 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain was adopted. The directive was adopted to prevent the use of unfair trading practices between traders caused by a significant imbalance in the negotiating position to the detriment of smaller suppliers and farmers. In this way, the directive represents an unexpected step in a new direction, as protection against unfair business practices has so far only been provided to consumers (B2C) and not to traders (B2B). The regulation of commercial relations was usually left to the market, the contracting parties and the rules of contract law as long as such practices did not distort market competition. Although it seems that the content of the directive in question is intertwined with the rules relating to the protection of competition, the directive does not expand that set of rules, but brings about a completely new field that has a wider scope than the one determined under the rules relating to the protection of competition - the suppression of unfair commercial practices that do not necessarily distort market competition. The paper will analyze and elaborate on the most important advantages and disadvantages of the directive, both from the position of the EU legislator, and from the point of view of the Croatian national legislation that introduced this directive into Croatian law. All this with the purpose of providing advice that could help candidate countries for membership in the European Union when introducing that directive into their own national law.

Keywords: *unfair trade practices, trade relations, competition, food supply chains*

* Faculty of Law, University of Zagreb; email: tomislav.jaksic@pravo.unizg.hr

Literatura

Cafaggi Fabrizio, Iamiceli Paola, „Unfair Trading Practices in Food Supply Chains. Regulatory Responses and Institutional Alternatives in the Light of the New EU Directive“, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3380355, pristup 1.XI.2024.

Daskalova Victoria, „The New Directive on Unfair Trading Practices in Food and EU Competition Law: Complementary or Divergent Normative Frameworks?“, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2019, Vol. 10, No. 5.

De Pourcq Sofia, Terryn Evelyne, „Prohibited and conditionally permitted unfair trading practices“, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelyne Terryn), Intersentia, Cambridge, 2020.

Glöckner Jochen, „Unfair trading practices in the supply chain and the coordination of European contract, competition and unfair competition law in their reaction to disparities in bargaining power“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Vol. 12, No. 5.

Izvešće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o stanju u pogledu prenošenja i provedbe Direktive (EU) 2019/633 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima među poduzećima u lancu opskrbe poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima, Bruxelles, 27.10.2021., COM(2021) 652 final.

Keirsbilck Bert, Paredis Elisa, „Run-up, legal basis and scope of application“, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Bert Keirsbilck, Evelyne Terryn), Intersentia, Cambridge, 2020.

Ménard Claude, „Summary and conclusions: the many challenges of unfair trading practices in food supply chain systems“, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Federica Di Marcantonio, Pavel Ciaian), European Commission, JRC Technical Reports, 2017.

Rinaldo Carlotta, „Beyond Consumer Law – Small Enterprises, Independent Contractors and other Professional Weak Parties“, *ERCL*, 2019, 15(2).

Swinnen Johan, Vandewilde Senne, „Unfair trading practices — the way forward”, *Unfair trading practices in the food supply chain* (ur. Federica Di Marcantonio, Pavel Ciaian), European Commission, JRC Technical Reports, 2017.

Vlatka Butorac Malnar, Mihaela Braut Filipović, Antonija Zubović, „Rethinking Unfair Trading Practices in Agriculture and Food Supply Chain: The Croatian Perspective," *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series 5*, no. Special Issue, 2021.

Wiewiórowska-Domagalska Anetam, Briefing: Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food Supply Chain, Policy Department A: Economy and Scientific Policy, European Parliament, PE 563.430.

M. sci Vanja VUJOVIĆ*

Dr. sc. Mirella RODIN*

Dr. sc. Ivan AKRAP*¹⁵⁹

UTICAJ NEUPUĆIVANJA PRETHODNOG PITANJA SUDU PRAVDE EU NA PRAVIČNOST POSTUPKA

Sažetak

Na osnovu članova 19 UEU i 267 UFEU Sud EU ima nadležnost da u okviru prethodnog postupka tumači pravo EU kako bi se obezbijedilo da se pravila EU na jednak način primjenjuju u svim državama članicama. U ovom radu obradiće se pravila UFEU kojima je regulisan prethodni postupak, sa osvrtom na kriterijume zauzete kroz sudsku praksu Suda EU kao i one date kroz preporuke namjenjene nacionalnim sudovima. Analiziraćemo kada su sudovi država članica u obavezi da postave prethodno pitanje, a kada mogu odlučiti da upute prethodno pitanje Sudu EU, te od kakvog značaja može biti predlog stranke za upućivanje prethodnog pitanja. Nadalje, u radu će se kroz praksu Europskog suda za ljudska prava analizirati propusti nacionalnih sudova država članica prilikom odlučivanja o neupućivanju prethodnog pitanja, a koji utiču na pravičnost postupka u smislu čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Rezultati istraživanja ovog rada ukazaće na nedostatak propisa država članica i preporuka EU o postupanju nacionalnih sudova povodom predloga stranke za pokretanje prethodnog postupka. U tom smislu, sugerisaće se i analizirati nužnost dopuna nacionalnog zakonodavstva u cilju obezbjeđenja pravičnosti postupka, kroz analizu zakonodavstva Republike Hrvatske. Navedeno istraživanje može poslužiti kao putokaz u zakonodavnim izmjenama u pravnom sistemu Crne Gore u okviru predstojećeg pristupanja EU. Smatramo da prethodno navedeno ima izuzetnu važnost za razumjevanje insitucionalnog okvira Suda EU, te dodatnih obaveza nacionalnih sudova da pravičnost obezbijede i u dijelu postupka koji se odnosi na prethodno pitanje.

* Sutkinja Osnovnog suda u Podgorici.

* Sutkinja Općinskog suda u Crkvenici, Republika Hrvatska.

* Sveučilište u Splitu, Odjel za stručne studije, Republika Hrvatska.

¹⁵⁹ Stavovi izneseni u članku predstavljaju lični stav autora i ne izražavaju mišljenja i stavove organa i organizacija sa kojima su autori povezani.

Ključne riječi: *prethodno pitanje, inicijativa za postavljanje prethodnog pitanja, Sud EU, pravičnost postupka, Evropska konvencija o ljudskim pravima*

I Uvod

Cilj ovog članka je predstaviti ključne novine i promjene s kojima će se nacionalno zakonodavstvo Crne Gore, a posebno pravosudni sistem, suočiti u kontekstu mogućeg pristupanja Evropskoj uniji.

Poseban fokus ovog rada biće na izmjenama u postupcima pred domaćim sudovima, s naglaskom na upućivanje prethodnih pitanja Sudu Evropske unije (u daljnjem tekstu Sud EU) i očuvanju pravičnosti postupaka. Pristupanje Evropskoj uniji ne samo da će redefinisati pravne okvire unutar kojih funkcionišu pravosudni sistemi, već će donijeti i nove izazove u osiguravanju usklađenosti s evropskim pravnim standardima, što će dodatno naglasiti važnost pravičnosti i efikasnosti u sudskim postupcima.

Naime, dodatna uloga koju će nacionalni sudovi dobiti biće tumačenje i primjena prava EU. U tom cilju, a radi razjašnjenja kako treba tumačiti prava EU, u određenim složenim situacijama, na raspolaganju će im stajati postupak prethodnog pitanja iz člana 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu UFEU).

Međutim, pravo EU ne propisuje nikakva posebna procesna pravila za postupak prethodnog pitanja, već to pitanje prepušta nacionalnom pravu.¹⁶⁰ Stoga će u ovom članku biti detaljno prikazan značaj upućivanja prethodnih pitanja Sudu EU, kao i procesne procedure i dileme koje se mogu pojaviti u tom kontekstu. Posebna pažnja biće posvećena iskustvima Republike Hrvatske, koja se suočila sa sličnim izazovima prilikom svog pristupanja Evropskoj uniji. Članak će se osvrnuti na ulogu Ustavnog suda u državama članicama kao ključnog kontrolora zaštite ljudskih prava na domaćem nivou, ukazujući na njegovu važnu funkciju u osiguravanju da domaći pravosudni sistem ostane usklađen sa standardima EU.

Kroz analizu ovih iskustava, biće objašnjen značaj i obaveza domaćih sudova da adekvatno obrazlože svoje odluke, naročito u svjetlu evropskog pravnog okvira. Posljedice koje nastupaju po države članice ako one propuste

¹⁶⁰ U svojoj informativnoj bilješci, Sud EU navodi da se zahtjev „može podnijeti u bilo kom obliku koji je dozvoljen nacionalnim pravom u vezi sa procesnim radnjama“ (IN, stav 20). Naime, ni pravo EU ni nacionalno pravo ne regulišu nacionalni postupak nakon što Sud EU donese odluku o prethodnom pitanju.

da upute prethodno pitanje u situaciji kada su bile zakonski obavezne da to učine, ne ogledaju se samo u reakciji Evropske komisije da pokrene postupak zbog povrede protiv dotične države članice, već, kako ćemo detaljnije vidjeti u ovom radu, takav propust može predstavljati i povredu prava na pravično suđenje u smislu člana 6 stav 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima.¹⁶¹

Naime, prije stupanja na snagu Lisabonskog ugovora 2009. godine, kada je Povelja o osnovnim pravima postala pravno obavezujuća, Evropska unija je, zbog nedostatka vlastitog kataloga osnovnih prava, bila primorana da koristi Konvenciju i sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP).¹⁶² Od tada, situacija se promijenila, te smo suštinski dobili ukrštanje dva nadnacionalna pravna sistema, čije uloge nisu do kraja podijeljene.

II Postupak podnošenja zahtjeva

A. Pravni osnov

Prethodni postupak predstavlja temeljni mehanizam prava Europske unije, sa ciljem ujednačenog tumačenja i primjenu prava EU u svim zemljama članicama Unije.¹⁶³ Iako su presude Suda EU obavezujuće samo za nacionalni sud koji je postavio pitanje, presude koje tumače pravo EU imaju autoritet sličan onom koji imaju presude vrhovnih sudova u zemljama sa kontinentalnim pravom.¹⁶⁴

Članom 19 st. 3 tač. (b) Ugovora o Europskoj uniji (u daljnjem tekstu: UEU), propisano je da Sud EU, u skladu s Ugovorima, između ostalog odlučuje o prethodnim pitanjima, na zahtjev sudova država članica, o tumačenju prava Unije ili valjanosti akata koje su usvojile institucije.

¹⁶¹ Broberg, Morten, National courts of last instance failing to make a preliminary reference: The (possible) consequences flowing therefrom, European public law, vol. 22, issue 2, 2016, str. 243-256.

¹⁶² Paul Gragl, (Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16, European law review, vol. 38, br. 2 (2013), str. 229-247.

¹⁶³ Morten Broberg and Niels Fenger, Preliminary References to the European Court of Justice, Oxford University Press (2010), str.2-3, autori navode da kroz prethodni postupak nacionalni sudovi dobijaju značajnu ulogu u pomoći u interpretaciji prava Unije, postupak prethodnog pitanja pomaže da se obezbijedi jednoobrazno tumačenje prava EU, kao i da se obezbijedi efikasna primijene prava Unije, a shodno autorima igra i važnu ulogu u političkoj interakciji EU.

¹⁶⁴ EUR-Lex - 32019H1108(01) - EN - EUR-Lex (europa.eu), pristup stranici 04.08.2024. godine.

Članom 267 UFEU, propisano je da je Sud EU nadležan odlučivati o prethodnim pitanjima koja se tiču: (a) tumačenja Ugovora; (b) valjanosti i tumačenja akata institucija, organa, kancelarija ili agencija Unije.

Naime, ako se prethodno navedena pitanja postave pred bilo kojim sudom države članice, taj sud može, ako smatra da je odluka o tom pitanju potrebna da bi mogao donijeti presudu, zatražiti od Suda EU da o tome odluči. Međutim, neće biti dispozicija suda, već dužnost ako se takvo pitanje pojavi u predmetu pred sudom, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka.

Osim navedenih normi, Poslovnika suda EU¹⁶⁵ koji u članovima 93 do 118 reguliše postupanje tog suda, Statuta Suda EU¹⁶⁶ i to člana 23, nema drugih normi u pravu EU koji detaljnije regulišu navedeni postupak, naročito postupak pred nacionalnim sudovima, već dozvoljava širinu nacionalnom pravu da isto pitanje reguliše u okviru domaćih pravnih normi. Međutim, prethodno navedeno učinilo je nužnim davanje preporuka od strane Suda EU koje su namijenjene nacionalnim sudovima¹⁶⁷, radi razjašnjenja brojnih pitanja, koje su se usled nedostatka uniformnih pravnih normi, godinama unazad razjašnjavale kroz sudsku praksu.

Ono što je za sada iskristalisano u praksi jeste da zakonodavstvo države članice ne može spriječiti nacionalni sud da podnosi zahtjeve za prethodna pitanja, te samo nacionalni sud pred kojim se postavilo pitanje ostaje nadležan da odluči da li se treba obratiti Sudu EU.¹⁶⁸ Nacionalno pravilo prema kojem je niži sud vezan tumačenjem prava EU od strane višeg suda ne može samo po sebi lišiti niži sud mogućnosti da se obrati Sudu EU radi prethodne odluke.¹⁶⁹

Dileme, koje su se pojavile u odnosu na pitanje nacionalnih sudova da li predmet treba prvo iznijeti pred Ustavni sud, koji bi se izjasnio o ustavnosti normi nacionalnog prava, bile su razlog za zauzimanje stava Suda EU, u kome je navedeno da bilo kakva obaveza propisana nacionalnim pravom da se

¹⁶⁵<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex%3A32012Q0929%2801%29>, pristup stranici 04.08.2024. godine.

¹⁶⁶ [tra-doc-hr-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf](#) (europa.eu), pristup stranici 04.08.2024. godine.

¹⁶⁷ Preporuke namijenjene nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka (europa.eu), pristup stranici 01.08.2024. godine.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Predmet C-166/73 od 16.1.1974. Rheinmühlen, ECLI:EU:C:1974:3, par. 3-11; Predmet C-146/73 od 16.1.1974. Rheinmühlen, ECLI:EU:C:1974:2.

predmet iznese pred Ustavni sud, ne može spriječiti nacionalni (niži) sud da uputi zahtjev za prethodnu odluku.¹⁷⁰

Iako je primarna funkcija prethodnog postupka tumačenje prava EU, a ne utvrđivanje zakonitosti i interpretacija nacionalnog prava¹⁷¹, presude Suda EU u određenim situacijama uzročno posljedično dovode i do utvrđivanja da su domaće zakonske odredbe iz različitih oblasti prava u koliziji sa pravom EU. To nam upravo pokazuje i iskustvo Republike Hrvatske, kada je Sud EU donio presudu od 11. jula 2024. godine u spojenim predmetima C-554/21, C-622/21 i C-727/21¹⁷², u kojoj je presudio da je protivno pravu EU, konkretno članu 19 stav 1 tačka 2 UEU-a, to što je nacionalnim pravom predviđen unutrašnji mehanizam (uspostavljen Zakonom o sudovima i Sudskim poslovníkom) kojim sudska odluka može biti otpremljena strankama samo uz odobrenje sudije evidentičara koji nije član sudskog vijeća koje je donijelo odluku, te da sudske vijeće može biti primorano da izmijeni odluku od strane sjednice odjeljenja prihvatanjem "pravnog shvatanja", koje čine osobe koje nisu učestvovala u predmetu i pred kojima stranke nemaju mogućnost iznijeti svoje argumente.

B. Autor zahtjeva za prethodnu odluku

Pojam „sud države članice”¹⁷³ Sud EU tumači kao autonoman pojam prava Unije¹⁷⁴. Naime, Sud EU je ponekad dozvoljavao pitanja od tela koja

¹⁷⁰ Predmet C-106/77 od 9.3.1978. Simmenthal, ECLI:EU:C:1978:49, par. 24; Predmet C-348/89 od 18.6.1991. Mecanarte, ECLI:EU:C:1991:278, par. 41-46, Sud pravde je odlučio da član 234. zahtjeva da nacionalni sudovi imaju najšira moguća ovlaštenja da upućuju pitanja Sudu pravde ako smatraju da je tumačenje prava EU neophodno u predmetu pred njima, u suprotnom bi djelotvornost prava EU bila ugrožena.

¹⁷¹ Morten Broberg and Niels Fenger, Preliminary References to the European Court of Justice, Oxford University Press (2010), str.140.

¹⁷² Izreka presude u spojenim predmetima C-554/21, C-622/21 i C-727/21 od 11.7.2024. Financijska agencija protiv Hann-Invest d.o.o., Mineral-Sekuline d.o.o. i Udruga KHL Medveščak Zagreb, ECLI:EU:C:2024:594.

¹⁷³ Kako smo već napomenuli članom 19 st. 3 tač. (b) UEU, propisano je da sud Evropske unije, u skladu s Ugovorima, između ostalog odlučuje o prethodnim pitanjima, na zahtjev sudova država članica.

¹⁷⁴ EUR-Lex - 32019H1108(01) - EN - EUR-Lex (europa.eu), [pristup stranici 04.08.2024. godine.](#)

se ne smatraju sudovima prema domaćem pravu¹⁷⁵, kao i odbijao pitanja od tela koja se smatraju sudovima prema domaćem pravu¹⁷⁶.

Sud EU pritom uzima u obzir niz faktora koji ga opredjeljuju za zaključak da je određeni sud/organ ovlašćen da podnese zahtjev za prethodno pitanje. Ti kriterijumi se uglavnom tiču ocjene da li je organ osnovan na temelju zakona¹⁷⁷, da li je stalnog ili privremenog karaktera¹⁷⁸, da li je njegova nadležnost ustanovljena zakonom i da li su njegove odluke obavezne¹⁷⁹, da li taj organ donosi odluke nakon kontradiktorno provedenog postupka¹⁸⁰, da li

¹⁷⁵ Predmet C-275/98 od 16.9.1999. Unitron Scandinavia i drugi, ECLI:EU:C:1999:567 (the Danish Procurement Review Board); Predmet C-54/96 od 17.9.1997. Dorsch Consult, ECLI:EU:C:1997:413 (the German Federal Public Procurement Awards Supervisory Board); Predmet C-92/00 od 27.6.2002. HI, ECLI:EU:C:2002:379 [2002] ECR I-5553 (the Public Procurement Review Chamber of the Vienna Region) i Predmet C-411/00 od 19.9.2002. Felix Swoboda, ECLI:EU:C:2002:493 [2002] ECR I-10567 (the Austrian Federal Public Procurement Office).

¹⁷⁶ Predmet C-111/94 od 19.10.1995. Job Centre, ECLI:EU:C:1995:340, par. 9-11, Predmet C-182/00 od 12.6.2002. Lutz i drugi, ECLI:EU:C:2002:354, par. 13-17; Predmet C-192/98 od 14.12.1999. ANAS, ECLI:EU:C:1999:585, par. 24; Predmet C-178/99 od 7.6.2001. Salzmann, ECLI:EU:C:2001:283, par. 11-22; Predmet C-447/00 od 13.3.2002. Holto, ECLI:EU:C:2002:168, par. 17-23; Predmet C-86/00 od 8.11.2001. HSB-Wohnbau, ECLI:EU:C:2001:592, par. 11-17; Predmet C-248/01 od 14.6.2002. Hermann Pfanner Getränke i drugi, ECLI:EU:C:2002:367, par. 16-19; Predmet C-424/01 od 13.3.2003. CS Austrija, ECLI:EU:C:2003:154, par. 21-5; Predmet C-165/03 od 23.6.2005. Längst, ECLI:EU:C:2005:397, par. 24-8 i predmet C-105/03 od 16.6.2005. Pupino, ECLI:EU:C:2005:386, par. 22.

¹⁷⁷ Predmet C-61/65 od 30.6.1966. Vaanen-Göbbels, ECLI:EU:C:1966:39, par. 261 (original reference: Rec 1966, 377) (273); Predmet C-416/96 od 2.3.1999. Nour Eddline El-Yassini, ECLI:EU:C:1999:107, par. 18; Predmet C-54/96 od 17.9.1997. Dorsch Consult, ECLI:EU:C:1997:413, par. 24-5 i predmeti C-9/97 i C-118/97 od 17.9.1998. Jokela, ECLI:EU:C:1998:421, par. 19.

¹⁷⁸ Predmet C-126/97 od 1.6.1999. Eco Swiss, ECLI:EU:C:1999:269, par. 40. Naime, Sud EU neće prihvatiti da odgovara na pitanja postavljena od organa koji su osnovani radi rješavanja specifičnih sporova.

¹⁷⁹ Predmet C-161/03 od 11.7.2003. Samsung Electronic France, ECLI:EU:C:2003:380, par. 15.

¹⁸⁰ Na primer, holandski žalbeni komitet za opštu medicinu (Predmet C-246/80 od 6.10.1981. Broekmeulen protiv Huisarts Registratie Commissie, ECLI:EU:C:1981:218) je smatran sudom jer donosi konačne odluke u kontradiktornom postupku.

među strankama postoji spor¹⁸¹, da li primjenjuje pravne norme i da li je nezavisan¹⁸².

Jedno od osnovnih pravila je da upravni organi i upravne vlasti nemaju pravo na podnošenje zahtjeva za pokretanje prethodnog pitanja¹⁸³. Međutim, sud je priznao svojstvo suda organu koji odlučuje o žalbama na rješenja donijeta u postupcima javnih nabavki¹⁸⁴, prethodno procijenjujući da li ti organi imaju formalnu nezavisnost od organa uprave.

Iskustva Republike Hrvatske upravo ukazuju da Sud EU odlučujući u predmetima C-484/15 i C-551/15 presudio da javni bilježnici u Hrvatskoj, kada postupaju u okviru ovlašćenja koja su im povjerena nacionalnim pravom u izvršnim postupcima na osnovu „vjerodostojne isprave”, nijesu obuhvaćeni pojmom „sud” u smislu Uredbi br. 805/2004 i br. 1215/2012.¹⁸⁵

Međutim, to se odnosi samo kada neka od stranaka ima domicil u drugoj državi članici EU. Zbog toga su se uspostavile dvije prakse kod postupanja javnih bilježnika i sudova kod platnih naloga: jedna kada su obje stranke hrvatski državljani i druga kada je dužnik osoba iz druge države članice.

Zbog toga su domaći sudovi postavili pitanje diskriminacije hrvatskih građana.¹⁸⁶ U spojenim predmetima C-267/19 i C-323/19 od 7. maja 2020. godine, Sud EU nije ocijenio hrvatske propise, prema kojima javni bilježnici donose rješenja o izvršenju, protivno članu 18. UFEU-a zbog obrnute diskriminacije na osnovu nacionalnosti, niti po članu 47. Povelje Evropske

¹⁸¹ Na primer, italijanski sud koji se bavio nespornim postupkom registracije udruženja (Predmet C-111/94 od 19.10.1995. Job Centre Coop. ARL, ECLI:EU:C:1995:340) ili nemački sud koji je odlučivao o pravu roditelja da odredi prezime zajedničkom detetu (Predmet C-96/04 od 27.4.2006. Standesamt Stadt Niebüll, ECLI:EU:C:2006:254) nisu priznati kao sudovi sa sudskom funkcijom. U tim slučajevima, sudovi su vršili administrativnu funkciju bez rešavanja spora.

¹⁸² Ovo pitanje dobija na značaju kada je riječ o organima uprave koji imaju određene karakteristike sudova. Predmet C-246/05 od 14.6.2007. Haupl, ECLI:EU:C:2007:340, par. 15-21.

¹⁸³ Predmet C-125/04 od 27.1.2005. Denuit i Cordenier, ECLI:EU:C:2005:69, par. 14-17.

¹⁸⁴ Predmet C-275/98 od 16.9.1999. Unitron Scandinavia i drugi, ECLI:EU:C:1999:567, Predmet C-54/96 od 17.9.1997. Dorsch Consult, ECLI:EU:C:1997:413, Predmet C-92/00 od 27.6.2002. HI, ECLI:EU:C:2002:379.

¹⁸⁵ Vidi presude u predmetima C- 484/15 od 9.3.2017., Ibrica Zulfikarpašić protiv Slavena Gajera, ECLI:EU:C:2017:199 i C-551/15 od 9.3.2017. Pula Parking d.o.o. protiv Svena Klause Tederahna, ECLI:EU:C:2017:193.

¹⁸⁶ Vidi rješenje u predmetu C-234/19 od 6.11.2019., EOS Matrix d.o.o. protiv Entazis d.o.o., ECLI:EU:C:2019:986, kojim se Sud EU oglasio očito nenadležnim, jer su obje stranke bile osnovane po hrvatskom pravu, pa nije bilo veze s pravom EU.

unije o temeljnim pravima u smislu prava na djelotvoran pravni lijek u nekontradiktornom postupku.¹⁸⁷

Arbitražni sudovi podliježu procjeni istih kriterijuma kao i ostali sudovi i organi. Tako je, procijenjujući svaki pojedinačni slučaj, sud priznao svojstvo suda¹⁸⁸ ili odbio da prizna svojstvo suda u situacijama kada država nije bila umiješana u donošenje arbitražne odluke a stranke su bile saglasne da se njihov spor riješi arbitražom, pri čemu nisu bile ni pravno, ni stvarno obavezne da iznesu svoj slučaj pred arbitražu¹⁸⁹.

U pogledu mogućnosti Ombudsmana da postavi prethodno pitanje, još uvijek se vode pravne debate¹⁹⁰, budući da isti ima legitimnu potrebu (iako njegova mišljenja nisu obavezujuća) da daje mišljenja zasnovana na pravilnoj interpretaciji prava EU. Za sada, okolnost da njegove odluke nisu obavezujuće čini ga neovlašćenim organom za podnošenje prethodnog pitanja.

Takođe, tužilaštva se u principu ne smatraju sudovima. Međutim, u nekim slučajevima Sud EU prihvata prethodna pitanja upućena od strane tužilaštava¹⁹¹.

C. Kada treba a kada se mora podnijeti prethodno pitanje?

Prethodno pitanje može se podnijeti ako su ispunjena dva uslova: (1) pred nacionalnim sudom se postavlja pitanje koje se tiče prava EU i (2) odluka o tom pitanju je neophodna kako bi nacionalni sud mogao donijeti presudu u konkretnom slučaju.

Činjenica da je slično pitanje već riješeno ili da je odgovor dat u ranijim presudama Suda EU ne sprječava nacionalni sud da ponovo postavi pitanje¹⁹².

¹⁸⁷ Detaljnije vidi presudu u spojenim predmetima C-267/19 i C-323/19 od 7.5.2020. Parking d.o.o. protiv Sawal d.o.o. (C-267/19) i Interplastics s. r. o. protiv Letificio d.o.o. (C-323/19), ECLI:EU:C:2020:351.

¹⁸⁸ Predmet C-61/65 od 30.6.1966. Vaasen-Gobbels, ECLI:EU:C:1966:39 English special edition (1966) ECR261(Original reference: Rec 1966 377) (273) together with advocate General opinion at 281.

¹⁸⁹ Predmet C-102/81 od 23.3.1982. Nordsee, ECLI:EU:C:1982:107, par. 10-12 i Predmet C-125/04 od 27.1.2005. Denuit i Cordenier, ECLI:EU:C:2005:69, par. 13-17.

¹⁹⁰ Neki se zalažu da se u budućnosti i Ombudsmanu dozvoli postavljanje pitanja, npr. M Broberg, 'Preliminary References by Public Administrative Bodies: When Are Public Administrative Bodies Competent to Make Preliminary References to the European Court of Justice?' (2009) 15 European Public Law 207, str. 220.

¹⁹¹ Poput italijanskog pretora koji je imao funkcije i sudije i tužioca (Predmet C-14/86 od 9.7.1987. Pretore di Salò, ECLI:EU:C:1987:339).

¹⁹² Osim ako je riječ o acte éclairé i acte claire.

Na nacionalnom sudu je da procijeni relevantnost pitanja za rješenje konkretnog spora¹⁹³. Odgovor Suda EU mora biti ključan kako bi nacionalni sud mogao donijeti odluku¹⁹⁴. Stoga, Sud EU će odbaciti prethodna pitanja koja su previše opšta ili hipotetička i koja bi bila beskorisna za rješavanje spora¹⁹⁵.

Ako sud koji odlučuje nema dalje pravne lijekove protiv svojih odluka prema nacionalnom pravu, obavezan je podnijeti prethodno pitanje. Međutim, procjena ove obaveze ostaje na samom sudu. Izuzeci od ove obaveze odnose se na situacije kada pitanje koje se postavilo nije od značaja za rješenje spora (što je i razlog zbog kojeg Sud EU može odbiti da odgovori na prethodno pitanje) ili je pitanje već bilo predmet prethodnog postupka i Sud EU je već donio presudu o sličnom pitanju¹⁹⁶ (kada nije obavezan da podnese novo pitanje, ali može to učiniti *-acte éclairée*).

Ako je tumačenje prava EU očigledno i ne ostavlja prostora za sumnju, sud može smatrati da nije potrebno tražiti tumačenje od Suda EU (*acte clair*)¹⁹⁷. Međutim, sud mora uzeti u obzir sve specifičnosti prava EU, uključujući jezičke razlike i kontekst cjelokupnog pravnog sistema EU.

¹⁹³ Kako je Sud EU naveo u Predmetu C-318/00 od 13.7.2004. Bacardi-Martini, ECLI:EU:C:2004:498 par. 41, „isključivo je na nacionalnom sudu... da u svetlu specifičnih okolnosti slučaja proceni potrebu za prethodnim pitanjem kako bi mogao doneti presudu, kao i relevantnost pitanja koja postavlja Sudu EU. Prema tome, kada postavljena pitanja obuhvataju tumačenje prava [EU], Sud EU je, u principu, dužan da donese odluku...“. Sud EU neće odgovarati na pitanja koja su postavljena samo zbog proceduralnih strategija stranaka, a koja nisu relevantna za rješenje konkretnog spora.

¹⁹⁴ Predmet C-283/81 od 6.10.1982. CLIFIT, ECLI:EU:C:1982:335, par.10.; Predmet C-279/06 od 11.9.2008. CEPESA, ECLI:EU:C:2008:485 par. 26-32. „...nacionalni sud može postaviti više pitanja, pri čemu će svako pitanje biti zasnovano na drugačijem hipotetičkom viđenju činjenica...“.

¹⁹⁵ Predmet C-67/91 od 16.7.1992. Asociación Española de Banca Privada, ECLI:EU:C:1992:330, par. 24-6; Predmet C-129/94 od 28.3.1996. Ruiz Bernaldez, ECLI:EU:C:1996:143 par. 7; Predmet C-143/94 od 30.3.1995. Furlanis Costruzioni, ECLI:EU:C:1995:92, par. 11-12; Spojeni predmeti C-215/96 i C-216/96 od 13.1.1999. Bagnasco, ECLI:EU:C:1999:12, par. 20; Predmet C-399/98 od 3.7.2001. Ordine degli Architetti i drugi, ECLI:EU:C:2001:420, par. 41; Predmet C-33/99 od 10.5.2001. Fahmi i Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado, ECLI:EU:C:2001:250, par. 29; i Predmet C-414/07 od 22.12.2008. Magoora, ECLI:EU:C:2008:766, par. 21-5.

¹⁹⁶ Predmet C-340/99 od 16.5.2001. TNT Traco, ECLI:EU:C:2001:281, par. 35; i Predmet C-421/06 od 11.10.2007. Fratelli Martini, ECLI:EU:C:2007:614, par. 54.

¹⁹⁷ Vidi Rasmussen, H., ‘The European Court’s Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T. Or: Acte Clair, of Course! But What does it Mean?’, 9 EL Rev. (1984), p. 242; Bebr, G., ‘The Preliminary Proceedings or Article 177 EEC – Problems and Suggestions for Improvement, in Schermers, H.G., et al. (eds), Article 177 EEC: Experience and Problems, North-Holland, Amsterdam, 1987, par. 355.

Prethodno navedeni kriterijumi su dati kroz brojnu praksu Suda EU, od kojih je najznačajnija CLIFIT¹⁹⁸ presuda. Međutim, ispunjavanje zahtjeva iz navedene presude nije lak zadatak¹⁹⁹.

Ali, koje su posljedice za državu ako sudovi koji su obavezni ne upute prethodno pitanje, te da li treba dozvoliti žalbu na odluku nacionalnog suda kojom se odlučuje o (ne)upućivanju prethodnog pitanja²⁰⁰, makar u prvom periodu nakon eventualnog pristupanja Crne Gore Evropskoj uniji pokazaće praksa Republike Hrvatske.

Uvid u praksu Evropskog suda za ljudska prava, sa druge strane, će pokazati od kakvog je uticaja insistiranje stranke da se uputi prethodno pitanje u predmetnom postupku, te na koji način i u kom obimu će takav predlog stvoriti obavezu nacionalnom sudu da pruži adekvatno obrazloženje u slučaju odbijanja.

III Odnos između prethodnog postupka i nacionalnog postupka - iskustva Republike Hrvatske

Republika Hrvatska postala je članica Evropske unije 1. jula 2013. godine. Međutim, zakonodavne pripreme u vezi sa pristupanjem EU počele su ranije. Odluka o izmjeni Ustava Republike Hrvatske donesena je 2010. godine, a odredbe koje su se odnosile na EU stupile su na snagu na dan pristupanja Hrvatske Evropskoj uniji.²⁰¹ Ovim promjenama, između ostalog, izjednačena su prava koja proizilaze iz pravne tekovine EU sa pravima zagarantovanim hrvatskim pravnim poretom. Nadalje, propisano je da se pravni akti i odluke koje je Hrvatska prihvatila u institucijama EU primjenjuju u zemlji u skladu s pravnom tekovinom EU, dok su hrvatski sudovi dužni da sude u vezi sa subjektivnim pravima koja se zasnivaju na pravnoj tekovini EU.²⁰² Ove odredbe odražavaju procesnu autonomiju država članica kao jedno od načela EU.²⁰³

¹⁹⁸ Predmet C-283/81 od 6.10.1982. CLIFIT, ECLI:EU:C:1982:335.

¹⁹⁹ Morten Broberg and Niels Fenger, Preliminary References to the European Court of Justice, Oxford University Press (2010), str.237.

²⁰⁰ Vidi suprotno stanovište: Butler, Graham, Just say no!: Appeals against orders for a preliminary reference, European public law, vol. 26, issue 3 (Dec. 2020), str. 615-641.

²⁰¹ Odluku o proglašenju promjene Ustava Republike Hrvatske donio je Hrvatski sabor na sjednici 16.6.2010., Narodne novine br. 76/2010.

²⁰² Član 141 c, st. 1-3. Ustava Republike Hrvatske.

²⁰³ Na primjer vidi odluke Suda EU u predmetima: C- 33/76 od 16.12.1976., Rewe-Zentralfinanz eG i Rewe-Zentral Ag protiv Landwirtschaftskammer für das Saarland, ECLI:EU:C:1976:188, C-425/16 od 19.10.2017., Hansruedi Raimund protiv Micheale

Ipak, to načelo je ograničeno principima ekvivalentnosti i djelotvornosti prava EU. Sud EU je u presudi u predmetu C-3/16 Lucio Cesare Aquino protiv Belgische Staat od 15. marta 2017. godine istakao: „*kada u određenoj oblasti prava Unije ne postoje pravila, unutrašnji pravni poredak svake države članice treba uspostaviti proceduralna pravila za sudske postupke koji treba da osiguraju zaštitu prava pojedinaca na temelju načela procesne autonomije, ali pod uslovom da ona nisu nepovoljnija od onih koja uređuju slične situacije u unutrašnjem pravu (načelo ekvivalentnosti) i da ne čine u praksi nemogućim ili pretjerano otežanim korišćenje prava dodijeljenih pravom Unije (načelo djelotvornosti).*”²⁰⁴ Pravo na djelotvornu sudsku zaštitu takođe je zagantovano u članu 47. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije,²⁰⁵ koja u skladu sa članom 6. stavom 1. UFEU predstavlja primarno pravo EU. Shodno tome, procesne odredbe koje se odnose na postavljanje zahtjeva za prethodna pitanja prema članu 267. UFEU trebalo bi da odražavaju procesnu autonomiju Hrvatske, ali i da udovolje principima ekvivalentnosti i efikasnosti.

Mnoga pitanja vezana za postavljanje zahtjeva za prethodna pitanja već su regulisana pravom EU ili postoje preporuke, kao što su pitanja vezana za sadržaj zahtjeva, ko i u kojim situacijama podnosi zahtjev, te kakav je učinak odluke Suda EU na dalji nacionalni postupak.

Član 23. Statuta Suda EU propisuje da u slučajevima iz člana 267. UFEU, sud države članice obavještava Sud EU o odluci kojom se suspenduje postupak i predmet upućuje Sudu EU. Dakle, iz te odredbe proizilazi da dolazi do suspenzije postupka pred sudom države članice kada se postavlja zahtjev Sudu EU, pa su domaće procesne odredbe morale regulisati donošenje odluke o suspenziji postupka.

Aigner, ECLI:EU:C:2017:776, C-161/15 od 17.3.2016., Abdelhafid Bensada Benallal protiv État belge, ECLI:EU:C:2016:175, t. 24.

²⁰⁴ Više vidi: Diana-Urania Galetta, “Procedural Autonomy of EU Member States : Paradise Lost?”, Berlin Heidelberg (Springer: 2010).

²⁰⁵ Član 47. Povelje o temeljnim pravima EU pod naslovom " Pravo na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje" glasi: "(1) Svako čija su prava i slobode zagantovani pravom Unije povrijeđeni, ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred sudom, u skladu sa uslovima utvrđenim ovim članom.

(2) Svako ima pravo da sud, koji je prethodno ustanovljen zakonom, nezavistan i nepristrasan, pravično, javno i u razumnom roku razmotri njegov slučaj. Svako ima mogućnost da bude savjetovan, branjen i zastupan.

(3) Pravna pomoć se obezbjeđuje za lica koja nemaju dovoljno sredstava, u mjeri u kojoj je takva pomoć potrebna za obezbjeđivanje djelotvornog pristupa pravdi."

U hrvatskom pravnom sistemu, procesne odredbe o postavljanju prethodnih pitanja nisu sadržane u jednom zakonu, već su uključene u tri glavna procesna zakona: Zakon o krivičnom postupku, Zakon o upravnim sporovima i Zakon o parničnom postupku, čije ćemo odredbe analizirati.

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2011. godine,²⁰⁶ u član 213., koji reguliše institut prekida postupka, unesena je odredba koja glasi: "*Sud će prekid postupka odrediti i ako je (...) 2) odlučio podnijeti zahtjev Europskom sudu o tumačenju prava Europske unije ili o valjanosti akta koje su donijele institucije Europske unije.*" Budući da protiv rješenja o prekidu nije bilo isključeno pravo na žalbu, to je značilo da je pravni lijek protiv odluke o određivanju prekida radi podnošenja zahtjeva Sudu EU dopušten.²⁰⁷ Ova zakonska odredba kritikovana je zbog svoje jednostavnosti i nedorečenosti.²⁰⁸ Osim toga, naglašavano je da je samo Sud EU ovlašćen da odluči o zahtjevu suda države članice, pa viši domaći sudovi nisu ovlašćeni da ocjenjuju da li je pitanje relevantno ili ne, jer sud koji postavlja zahtjev ima pravo na direktnu saradnju sa Sudom EU.²⁰⁹ S obzirom na član 267. UFEU, svaki nacionalni sud može podnijeti zahtjev za prethodnu odluku, pa se to pravo ne može dovesti u pitanje primjenom nacionalnih pravnih pravila koja dopuštaju žalbenom sudu da izmijeni ili ukine odluku o podnošenju zahtjeva Sudu EU i naloži sudu koji je donio navedenu odluku da nastavi s postupkom koji je bio prekinut.²¹⁰

Kada su hrvatski sudovi počeli postavljati prethodna pitanja Sudu EU, odredba o prekidu postupka radi podnošenja zahtjeva Sudu EU zaista se pokazala kao nepotpuna, jer nije davala odgovore na sve dileme. Iako se u naprijed citiranoj odredbi iz čl. 23. Statuta Suda EU prvo pominje suspenzija postupka, a zatim upućivanje predmeta Sudu EU. Iz teksta odredbe iz Zakona o parničnom postupku proizilazilo je da se prvo donosi odluka o podnošenju zahtjeva, a zatim se obavezno određuje prekid. Nije bilo jasno da li je odluka

²⁰⁶ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, Narodne novine, br. 57/2011.

²⁰⁷ Član 378. st. 1. Zakona o parničnom postupku.

²⁰⁸ Pošćić Ana, Martinović Adrijana, "Postavljanje prethodnog pitanja Sudu Europske unije", *Građansko pravo*

- *sporna pitanja i aktualna sudska praksa - 2018.*, Zbornik radova, Tuheljske Toplice, 22. - 23. studenoga 2018., Vrhovni sud RH i Pravosudna akademija RH, str. 223. -251.

²⁰⁹ Šago Dinka, Postupak prethodnog odlučivanja pred Europskim sudom – problemi i moguća rješenja, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 36, br. 1, 381-408 (2015).

²¹⁰ Vidi presudu u predmetu C-210/06 od 16.12.2008., Cartesio Oktató és Szolgáltató bt., ECLI:EU:C:2008:723.

o podnošenju zahtjeva pisana procesna odluka ili je dovoljno da je zahtjev sastavljen i poslat Sudu EU. Nadalje, nije bilo jasno da li se zahtjev šalje Sudu EU bez obzira na žalbu protiv rješenja o prekidu, prije pravosnažnosti,²¹¹ ili tek nakon pravosnažnosti rješenja o prekidu.²¹² Prema navedenoj odredbi, viši sud nije imao mnogo izbora prilikom odlučivanja, jer ako je niži sud odlučio da podnese zahtjev, on je u skladu s ovom normom bio dužan i odrediti prekid. Žalbeni sud, prema navedenoj praksi Suda EU, nema ovlaštenja da ispituje osnovanost postavljanja prethodnih pitanja, jer niži sud ima pravo direktne saradnje sa Sudom EU.²¹³ Tako je, na primjer, Županijski sud u Rijeci odlučujući o žalbi protiv rješenja o prekidu²¹⁴ zbog upućivanja prethodnih pitanja Sudu EU istakao kako: "*odluku o podnošenju zahtjeva Evropskom sudu samostalno donosi sud prvog stepena kada smatra da je to potrebno*" i "*kada je sud prvog stepena odlučio da podnese takav zahtjev, dužan je u skladu sa izričitom odredbom čl. 213. st. 1. t. 2. ZPP-a odrediti prekid postupka*." No, bilo je i drugačijih rješenja u praksi. Naime, u krivičnom postupku, u kojem takođe nije bilo isključeno pravo na žalbu protiv rješenja o prekidu, Vrhovni sud RH je 2017.²¹⁵ ukinuo rješenje Županijskog suda u Zagrebu²¹⁶ kojim je prekinut krivični postupak do odluke Suda EU, navodeći kako "*se ne radi o pravnom pitanju o kojem zavisi primjena krivičnog zakona, zbog čega nije bilo uslova za prekid postupka*." Ovom odlukom Vrhovni sud RH je ušao u samo pitanje opravdanosti podnošenja zahtjeva od strane suda nižeg stepena, osporavajući mu na taj način pravo na direktnu saradnju sa Sudom EU. Međutim, Županijski sud u Zagrebu je još prije određivanja prekida postupka podnio prethodno pitanje Sudu EU. Navedena odluka Vrhovnog suda RH nije se pokazala ispravnom, jer je Sud EU donio presudu pod posl. br. C-268/17 dana 25. jula 2018, dakle odgovore na postavljena prethodna pitanja ocijenio je potrebnim za donošenje konačne odluke u toj pravnoj stvari.

²¹¹ Npr. u predmetu Općinskog suda u Puli-Pola br. Povrv-1620/15 povodom čijih prethodnih pitanja je Sud EU donio presudu C- 551/15 od 9.3. 2017. Pula Parking d.o.o. protiv Svena Klause Tederahna, ECLI:EU:C:2017:193.

²¹² Npr. u predmetu Općinskog suda u Rijeci P-4923/15 povodom čijih prethodnih pitanja je Sud EU donio presudu C- 630/17 od 14.2.2019. Anica Milivojević protiv Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen, ECLI:EU:C:2019:123.

²¹³ Presuda u predmetu C-210/06 od 16.12.2008., Cartesio Oktató és Szolgáltató bt., ECLI:EU:C:2008:723.

²¹⁴ Županijski sud u Rijeci broj Gž-2534/2017-2 od 9.5.2018.

²¹⁵ Vrhovni sud RH, broj: I Kž-Us 102/17-4 od 19.9.2017.

²¹⁶ Županijski sud u Zagrebu rješenje broj K-Us-29/15 od 30.5.2017.

Osim toga, u praksi hrvatskih sudova javili su se brojni istovrsni predmeti, na primjer u vezi sa sporovima oko potrošačkih kredita²¹⁷ i naplate parking karata protiv državljana drugih država članica,²¹⁸ u kojima se primjenjivalo pravo EU. Međutim, nije bilo regulisano pitanje može li se odrediti prekid u postupku u kojem nije postavljen zahtjev Sudu EU za tumačenje prava EU, već u drugom sličnom predmetu. Domaći sudovi su u istovrsnim predmetima određivali prekid postupka, iako nisu sami podnijeli zahtjev, kako ne bi opteretili Sud EU brojnim jednakim zahtjevima te radi ekonomičnosti postupka. Ipak, drugostepeni sudovi su, zbog nedostatka pravne osnove, ponekad ukidali takva rješenja o prekidu postupka.²¹⁹

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku²²⁰ u član 213. dodate su nove odredbe. ZPP sada pravi razliku između obaveznog i fakultativnog prekida postupka. Kod obaveznog prekida postupka, zadržano je rješenje da se prvo podnosi zahtjev Sudu EU, a zatim obavezno određuje prekid.²²¹ S tim da je protiv rješenja o prekidu isključeno pravo na žalbu,²²² pa je otklonjena dilema u vezi sa čekanjem pravosnažnosti rješenja o prekidu. Nadalje, uveden je fakultativni prekid, odnosno mogućnost određivanja prekida u situacijama kada je zahtjev Sudu EU već podnijen u drugom postupku, a odluka suda zavisi od rješenja tog zahtjeva.²²³ Kod fakultativnog prekida nije isključeno pravo na žalbu, jer u tim predmetima nije podnijen zahtjev, a drugostepenom sudu ostaje da ispita da li se zaista radi o predmetu u kojem odluka zavisi od odlučivanja Suda EU povodom zahtjeva za prethodno pitanje u drugom predmetu.

Zakon o krivičnom postupku sadrži poseban član o podnošenju zahtjeva Sudu EU za donošenje prethodne odluke, koji propisuje samo obavezni prekid u slučaju podnošenja zahtjeva, te protiv te odluke nije dozvoljena žalba. Za vrijeme trajanja prekida ne teče zastara krivičnog gonjenja i sud

²¹⁷ Na primjer vidi presude Suda EU u predmetima C- 630/17 od 14.2.2019. Anica Milivojević protiv Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen, ECLI:EU:C:2019:123 i C- 567/20 od 5.5.2022., A.H. protiv Zagrebačke banke d.d., ECLI:EU:C:2022:352.

²¹⁸ Vidi predmet Suda EU C- 551/15 od 9.9.2017. Pula Parking d.o.o. protiv Svena Klaus Tederahna, ECLI:EU:C:2017:193.

²¹⁹ Županijski sud u Zagrebu, posl. br. Gž Ovr- 622/17 od 16.10.2018.

²²⁰ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, Narodne novine, br. 70/2019.

²²¹ Čl. 213. st. 1. toč. 2. ZPP-a.

²²² Čl. 213. st. 3. ZPP-a.

²²³ Čl. 213. st. 2. toč. 2.

može preduzimati samo one radnje za koje postoji opasnost od odlaganja. Važeće odredbe čl. 105. Zakona o upravnim sporovima takođe propisuju samo obavezni prekid. Međutim, protiv rješenja o prekidu spora može se podnijeti žalba. U odredbama svih ovih zakona, propisana je i obaveza suda da, ukoliko je odredio prekid postupka zbog podnošenja zahtjeva Sudu EU, obavijesti ministarstvo nadležno za spoljne poslove. Za procesne razlike u ova tri zakona nema opravdanog razloga, već su one nastale kao činjenica da je ovaj institut regulisan različitim zakonima.

Hrvatskim procesnim odredbama nisu propisana brojna druga procesna pitanja. Na primjer, nije propisano postupanje povodom prijedloga stranke za podnošenje zahtjeva Sudu EU, donošenje odluke o trošku kojeg su stranke imale pred Sudom EU. Zatim, nije propisana komunikacija domaćeg suda prema strankama radi osiguranja kontradiktornosti, uključujući koja pismena se dostavljaju strankama, odnosno da li se i sam zahtjev dostavlja strankama, o povlačenju zahtjeva pred Sudom EU i slično. Takođe, nije propisana ni komunikacija sa Sudom EU vezano za procesne okolnosti kao što su povlačenje tužbe, postizanje mirnog rješenja spora, prekid ili obustava postupka zbog smrti stranke i slično, a budući da je za odlučivanje Suda EU uslov da je spor stvarno u toku pred nacionalnim sudom koji upućuje zahtjev.

Republika Hrvatska je u nešto više od 11 godina članstva postavila 47 zahtjeva za donošenje prethodne odluke, s tim da se broj postavljenih zahtjeva povećava iz godine u godinu. Međutim, uprkos tom broju, povodom mnogih zahtjeva nije donesena meritorna odluka, zbog nedopuštenosti za donošenje prethodne odluke, nenadležnosti, ili su zahtjevi povučeni.²²⁴ Većinu zahtjeva postavili su prvostupanjski sudovi, dok je Vrhovni sud RH postavio tek dva takva zahtjeva.

A. Izazovi u primjeni zakonskih normi sa uporednim prikazom zakonskih rješenja

Uporednim pregledom zakonskih normi kojima je reguliran prekid parničnog postupka u Republici Hrvatskoj²²⁵ i Crnoj Gori, da se zaključiti da

²²⁴ U trenutku pisanja ovog rada od ukupno 47 postavljenih zahtjeva, 36 ih je dovršeno, dok je 11 još u tijeku. Od onih koji su završeni, 19 zahtjeva je meritorno riješeno, dok ih je 6 odbačeno kao nedopušteni, 3 su povučena, a u 4 slučaja se Sud EU oglasio nenadležnim.

²²⁵ Parnični postupak je postupak koji najdetajnije reguliše proceduru pokretanja prethodnog pitanja.

su navedeni zakoni prije pristupanja Hrvatske Europskoj uniji imali gotovo identične odredbe.

Oba zakona razlikuju dvije vrste prekida, i to: prekid koji nastupa po sili zakona (kada se donosi rješenje kojim se utvrđuje prekid)²²⁶, te prekid uslijed drugih okolnosti (kada sud donosi rješenje kojim se utvrđuje prekid)²²⁷. Sudeći po slovu zakona, prekid uslijed drugih okolnosti može biti obavezan ili fakultativan, budući da zakonodavac ili nalaže prekidanje postupka zbog propisanih taksativnih okolnosti²²⁸, ili ostavlja sudu pravo da odluči hoće li prekinuti postupak²²⁹.

Razlozi za prekid postupka po sili zakona u biti su ostali isti u procesnim zakonima Crne Gore i Republike Hrvatske, pa i nakon pristupanja Europskoj uniji.²³⁰

Oba zakonodavstva propisuju da se, u slučaju kada prekid nastupa po sili zakona, utvrđuje prekid postupka²³¹, što znači da sud nije ovlašten da odluči hoće li prekinuti postupak ili ne, već to mora učiniti uslijed nastupanja zakonom propisanih okolnosti. Ovaj prekid ne zavisi od stranaka i suda, već je isključivo vezan za okolnosti van sudskog postupka. Rješenje ima

²²⁶ Član 211 ZPP-a Crne Gore, član 212 ZPP-a Hrvatske. Razlika između ova dva zakonodavstva, do duse bez velikog značaja u praksi, odnosi se na situaciju kada se stranka nalazi na području koje je zbog vanrednih okolnosti (poplava i sl.) odsječeno od suda, što u Republici Hrvatskoj predstavlja razlog za prekid postupka po sili zakona, u odnosu na crnogorsko zakonodavstvo koje navedeni razlog predviđa kao osnov za određivanje prekida postupka.

²²⁷ Član 212 ZPP-a Crne Gore, član 213 ZPP-a Hrvatske.

²²⁸ U ZPP-u CG, članom 212 st. 1 propisano je da će sud prekid postupka odrediti: 1) ako je odlučio da sam ne rješava o prethodnom pitanju (član 14); 2) ako se stranka nalazi na području koje je zbog vanrednih događaja (poplava i sl.) odsječeno od suda.

²²⁹ U ZPP-u CG, članom 212 st. 1 propisano je "Sud može odrediti prekid postupka, ako odluka o tužbenom zahtjevu zavisi od toga da li je učinjeno krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, ko je učinilac i da li je on odgovoran, a naročito kad se pojavi sumnja da je svjedok ili vještak dao lažan iskaz ili da je isprava upotrijebljena kao dokaz lažna."

²³⁰ Član 212 ZPP-a Republike Hrvatske i član 211 ZPP-a Crne Gore, (smrt stranke, gubitak parnične sposobnosti stranke koja nema punomoćnika u toj parnici, smrt zakonskog zastupnika stranke ili prestanak njegovog ovlaštenje za zastupanje, a stranka nema punomoćnika u toj parnici, kada pravno lice prestane postojati, odnosno kad nadležni organ pravosnažno odluči o zabrani rada; kad nastupe pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka (u crnogorskom zakonu i kada nastupe nastupe pravne posljedice otvaranja postupka likvidacije), a zatim tu su i vanredne okolnosti zbog kojih prestaje rad u sudu, kao i kada je drugim zakonom određeno).

²³¹ Član 218 u vezi čl. 212 ZPP-a Republike Hrvatske, odnosno član 215 u vezi člana 211 ZPP Crne Gore.

deklarativni karakter, a prekid se računa od trenutka koji je izazvao događaj ili okolnost zbog kojih je postupak prekinut.

Razlozi za određivanje prekida²³² su drugačijeg karaktera i povezani s procesnim činjenicama, od kojih je najvažnija u ZPP-u Crne Gore, a u ZPP-u Republike Hrvatske prije pristupanja EU, bila potreba rješavanja nacionalnog prethodnog pitanja²³³. U tom slučaju, rješenje o prekidu konstitutivnog je karaktera.

Međutim, jezičnim tumačenjem odredbe člana 212. stav 1. ZPP-a Crne Gore, odnosno člana 213. stav 1. ZPP-a Republike Hrvatske, zaključuje se da će se prekid postupka obavezno odrediti u slučaju kada sud odluči da sam ne riješava nacionalno prethodno pitanje²³⁴. Prethodno navedeno postaje upitno budući da sud odluku da sam ne riješava prethodno pitanje ne donosi prije odluke o prekidu postupka, već sud upravo u odluci o prekidu ili odbijanju prekida obrazlaže svoj stav o tome da li odluka o glavnoj stvari zavisi od rješenja drugog spora, čiji će završetak čekati²³⁵.

Međutim, dileme u pogledu primjene ove norme na prekid usled nacionalnog prethodnog pitanja ostale su više teorijskog nego praktičnog značaja, s obzirom na to da primjena navedene odredbe u praksi nije izazivala probleme.

Upravo dopuna navedene odredbe²³⁶ u vezi s obaveznim razlogom za određivanje prekida postupka uslijed pokretanja prethodnog pitanja pred Sudom EU probudila je pitanja i učinila da se prepoznaju nedostaci ovakvog zakonskog uređenja.

Tumačenje navedene odredbe postaje izazovno budući da otvara brojna pitanja na koja dugogodišnja sudska praksa Republike Hrvatske još nije dala

²³² Član 218 u vezi čl. 213 ZPP-a Republike Hrvatske; odnosno član 215 u vezi člana 212 ZPP-a Crne Gore.

²³³ Član 14 ZPP-a Crne Gore koji propisuje: Kad odluka suda zavisi od prethodnog rješenja pitanja da li postoji neko pravo ili pravni odnos, a o tom pitanju još nije donio odluku sud ili drugi nadležni organ (prethodno pitanje), sud može sam riješiti to pitanje, ako posebnim propisima nije drukčije određeno. Odluka suda o prethodnom pitanju ima pravno dejstvo samo u parnici u kojoj je to pitanje riješeno.”; član 12 ZPP-a Republike Hrvatske.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Suprotno u Zakonu o parničnom postupku Republike Srbije gdje je napravljena jasna razlika između Obaveznog prekida postupka (član 222, kada sud obavezno utvrđuje prekid postupka) i Fakultativnog prekida postupka koji će zavistiti od odluke suda (član 223 prekid postupka sud može da odredi ako: 1) je odlučio da sam ne rešava o prethodnom pitanju (član 12); 2) se stranka nalazi na području koje je zbog vanrednih događaja odsečeno od suda.)

²³⁶ Član 213 stav 1 ZPP-a Republike Hrvatske. Nije jasno da li je odluka o podnošenju zahtjeva pisana procesna odluka ili je dovoljno da je zahtjev sastavljen i poslat Sudu EU.

odgovore. Ono što za sada nije sporno je da nacionalni sud, povodom upućivanja prethodnog pitanja Sudu EU, prvo donosi odluku o podnošenju zahtjeva i/ili sastavlja zahtjev, a zatim se obavezno određuje prekid postupka²³⁷.

Nije sporno ni da je na naknadnu odluku o prekidu zakonodavac isključio pravo žalbe (ne i na odluku o odbijanju prekida), ali ostaje sporna i zakonski neregulisana situacija kako sud treba postupiti u slučaju da se ne slaže s predlogom stranke da je potrebno uputiti prethodno pitanje Sudu EU. Kakav bi trebao biti karakter takve odluke, je li u istoj potrebno odlučiti o odbijanju prijedloga za upućivanje zahtjeva Sudu EU ili o odbijanju prijedloga za prekid postupka, te je li na takvu odluku dopuštena žalba – samo su neka od aktuelnih pitanja.

Manje spornim, ali ne bez mogućnosti kritike, čini se zakonsko rješenje kojim je regulisan fakultativni prekid postupka, i to dopunjena norma člana 213. stavka 2. ZPP-a Republike Hrvatske²³⁸. Na taj prekid shodno se primjenjuju odredbe vezane za druge vrste fakultativnog prekida, tako da je žalba na to rješenje dopuštena, bilo kroz posebnu žalbu, bilo kroz žalbu na odluku o glavnoj stvari. Ono što može biti sporno u vezi s navedenom odredbom jeste opseg kontrole te odluke od strane viših sudova. Naime, iako zakon izričito ne propisuje, žalba na to rješenje trebala bi biti razmatrana samo u dijelu poređenja činjeničnog i pravnog supstrata u navedenom predmetu i predmetu u kojem je već upućeno prethodno pitanje. Međutim, gotovo je nezamislivo da žalbeni sud ne prekorači ovo ovlaštenje osim u isključivo identičnim sporovima. Prethodno navedeno može dovesti do toga da male razlike u činjeničnom i pravnom supstratu, po ocjeni žalbenog suda, budu dovoljne da se u predmetnom postupku ne odredi fakultativni zastoj. Na taj način bi žalbeni sud spriječio niže sudove da dobiju tumačenje prava EU. No, zaista su nezamislive veće posljedice ako bi se takva odluka i donijela, budući da sudiji stoji na raspolaganju mogućnost da u predmetnom postupku odredi obavezan prekid i direktno postavi pitanja Sudu EU.

Nakon što u slijedećim poglavljima ukažemo na posljedice neupućivanja pitanja sa stanovišta EU i ESLJP-a, pokušaćemo dati odgovore na postavljena pitanja i razjasniti otvorene dileme.

²³⁷ Kako to proizilazi iz iskustava Republike Hrvatske, opisanih u ovom članku.

²³⁸ Sud može odrediti prekid postupka ako je zahtjev sudu EU o tumačenju Ugovora EU, te valjanosti i tumačenju akata institucija, tjela ureda ili agencija EU već podnešen u drugom postupku, a odluka suda zavisi od rješenja tog zahtjeva.

IV Posljedice neupućivanja pitanja sa stanovišta EU prava

Kao što smo već naveli, saradnja između nacionalnih sudova država članica i Suda EU odvija se na osnovu člana 267 TFEU, koji ne predviđa sankcije za nacionalni sud koji ne postupi u skladu sa obavezom da uputi prethodno pitanje Sudu EU.

Naknadno se, međutim, ispostavilo da odluka suda da ne uputi prethodno pitanje, u situaciji kada je sud obavezan to učiniti, može biti relevantna ukoliko stranka u postupku pretrpi štetu.

Naime, Regionalni sud za građansko-pravna pitanja u Beču uputio je Sudu EU prethodna pitanja u okviru tužbe za naknadu štete koju je Gerhard Köbler podnio protiv Republike Austrije, tvrdeći da su povrijeđene odredbe prava Unije presudom Vrhovnog upravnog suda, koji prema njemu nije uputio prethodno pitanje²³⁹.

Stavovi zauzeti u pomenutoj odluci Suda EU ukazuju na to da države članice mogu biti odgovorne za naknadu štete pojedincima u slučajevima kada povrede prava EU proisteknu iz odluka nacionalnih sudova koji presuđuju u posljednjoj instanci. Nacionalni sudovi su obavezni da primjenjuju pravo EU, a povrede tih pravila mogu dovesti do odgovornosti države.

Konkretno, nacionalni sud mora uzeti u obzir sve relevantne faktore, uključujući, između ostalog, stepen jasnoće i preciznosti povrijeđenog pravila, namjernu prirodu povrede, opravdanu ili neoprostivu prirodu pravne greške, stav koji je zauzela institucija EU, ukoliko postoji, te propust dotičnog suda da ispuni svoju obavezu da uputi zahtjev za prethodnu odluku. U svakom slučaju, povreda prava EU je dovoljno ozbiljna kada je predmetna odluka donesena u očiglednom nepoštovanju sudske prakse Suda EU u tom pitanju²⁴⁰.

Međutim, u navedenom predmetu, Sud EU je zauzeo stav da povreda prava Unije ne može biti očigledna kako bi država članica preuzela odgovornost za odluku jednog od svojih sudova koji odlučuje u posljednjoj instanci, kada, prvo, pravo Unije izričito ne uređuje predmetno pravno pitanje, niti je na to pitanje odgovoreno u sudskoj praksi Suda EU, a odgovor nije očigledan, i drugo, kada povreda nije namjerna, već proizlazi iz pogrešnog tumačenja presude Suda EU²⁴¹.

²³⁹ Predmet C-224/01 od 30.9.2003. Köbler protiv Republike Austrije, ECLI:EU:C:2003:513.

²⁴⁰ Ibid, par. 51-56.

²⁴¹ Ibid, par. 122-126.

Čini se da će država članica, prema presudi *Köbler* Suda EU, biti odgovorna samo u slučaju kada postoji loša namjera. Međutim, ako pogledamo dosadašnju sudsku praksu, proizlazi da je u najmanje jednom slučaju podnositelj zahtjeva dobio odštetu na osnovu toga što nacionalni sud posljednje instance nije uputio prethodno pitanje. Riječ je o švedskom slučaju *Flexlink*, gdje je švedski kancelar pravde pristao da plati odštetu, između ostalog, zbog toga što Vrhovni upravni sud Švedske nije uputio prethodno pitanje²⁴².

Ono što možemo naučiti iz stavova zauzetih u pomenutoj presudi jeste da je na domaćem pravnom sistemu svake države članice obaveza da odredi sud nadležan za odlučivanje o sporovima koji se odnose na tu naknadu²⁴³.

Zakonodavstvo Crne Gore, čini se, ispunjava uslove iz gore navedene odluke Suda EU. Naime, odredbom člana 166. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO) propisano je da pravno lice (uključujući i državu) odgovara za štetu koju njegov organ prouzrokuje trećem licu u vršenju ili u vezi s vršenjem svojih funkcija. Odgovornost države za štetu koju njeni organi uzrokuju nezakonitim ili nepravilnim radom propisana je i članom 8. Zakona o državnoj upravi.

Da bi država, u smislu citiranih zakonskih odredbi, bila obavezna da nadoknadi štetu koju je treće lice pretrpjelo zbog nepravilnog ili nezakonitog rada državnog organa, moraju biti ispunjeni sljedeći uslovi: da postoji šteta koja je prouzrokovana od strane državnog organa, da postoji uzročna veza između vršenja dužnosti službenog lica i prouzrokovane štete, te da je šteta nastupila zbog nezakonitog ili nepravilnog rada državnog organa²⁴⁴. Zakonskim propisima nije bliže određeno šta se smatra nezakonitim i nepravilnim radom, a sudska praksa zauzela je stanovište da nezakoniti rad postoji kada se postupi protivno zakonu ili drugom propisu, ili kada se propusti da se zakon ili propis primijeni.²⁴⁵ Nepravilni rad podrazumijeva radnju koja nije u skladu s opštim normama u vršenju službe ili djelatnosti, a kojom je trećem licu prouzrokovana šteta.²⁴⁶

²⁴² Broberg, Morten, National courts of last instance failing to make a preliminary reference: the (possible) consequences flowing therefrom, European public law, vol. 22, issue 2 (Jun 2016), str. 243-256.

²⁴³ Predmet C-224/01 od 30.9.2003. *Köbler* protiv Republike Austrije, ECLI:EU:C:2003:513, par. 30-31, 33, 46-47, 50.

²⁴⁴ Presuda Vrhovnog suda CG, Rev. br. 60/2022 od 07. Marta 2024.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Presuda Vrhovnog suda CG, Rev. Br. 686/2018 od 07. Novembra 2018.

Pored toga, u smislu odredbe člana 166. ZOO-a, potrebno je da postupanje tog organa bude namjerno (s voljom) ili s pristankom da se trećem licu nanese šteta. Bez prisustva ovih elemenata u radu državnog organa ne može se govoriti o njegovom nezakonitom radu.²⁴⁷ Naime, iz postojeće sudske prakse proizilazi da svaka greška u metodu rada državnog organa sama po sebi, a priori, ne znači da postoji odgovornost države za naknadu štete, što dalje dovodi do zaključka da odgovornosti države nema ako je do pogrešne primjene materijalnog prava došlo zbog drugačijeg, makar i pogrešnog, pravnog shvatanja određenog propisa.²⁴⁸ Odgovornost države za rad suda mora biti vezana za pretpostavku da je sudija nepravilnim ili nezakonitim radom, činjenjem ili nečinjenjem, htio ili pristao da stranci prouzrokuje štetu.

Shodno navedenom, jasno je da će dokazivanje štete koju pojedinac pretrpi usljed neupućivanja pitanja Sudu EU biti omogućeno samo u izuzetnim slučajevima flagrantnih kršenja, u kojima će biti moguće dokazati namjeru lica da postupa nezakonito. Međutim, činjenica da pravo EU omogućava privatnim licima da traže odštetu u slučaju kada nacionalni sud ne uputi prethodno pitanje ne znači da privatno lice mora (takođe) iskoristiti ovu mogućnost prije nego što se obrati ESLJP zbog povrede člana 6(1) Evropske konvencije o ljudskim pravima ²⁴⁹.

Jedna od mogućih posledica neupućivanja pitanja shodno pravu EU jeste i pokretanje postupka povrede po članu 258 TFEU. U jednom slučaju Evropska Komisija se direktno bavila ovim pitanjem. Tako je 2004. godine uputila pismo opomene Švedskoj, prema kome su švedske vlasti trebale da usvoje pravila koja bi osigurala da švedski sudovi poslednje instance upućuju prethodna pitanja u vezi sa odlukama o tome da li treba dozvoliti pravo na žalbu, što je bio razlog zbog čega je švedski parlament usvojio „Zakon o određenim odredbama o prethodnim pitanjima Sudu pravde“ ²⁵⁰.

Posljedica neupućivanja prethodnog pitanja prema pravu EU može biti i adekvatna reakcija ustavnih sudova, pri čemu se s pravom može konstatovati da takva reakcija služi i zaštitu prava zajamčenih EKLJP. Ustavni sudovi,

²⁴⁷ Presuda Vrhovnog suda CG, Rev 505/2020 od 19. Novembra 2020.

²⁴⁸ Presuda Višeg suda u Podgorici, Gž 966/2023 od 25. Aprila 2023.

²⁴⁹ Na šta ukazuje praksa ESLJP, vidi odjeljak Posledice neupućivanja sa stanovišta EKLJP.

²⁵⁰ Broberg, M, (Jun 2016), str. 243-256.

naime, mogu ocijeniti valjanost nacionalnih presuda, te u postupcima gdje nije upućeno prethodno pitanje, vratiti na ponovno odlučivanje.²⁵¹

Međutim, ukoliko ustavni sudovi ne isprave greške u postupku, to ne znači da su sve pravne mogućnosti iscrpljene. U skladu s novijom praksom ESLJP, eventualno neupućivanje prethodnog pitanja može se smatrati faktorom koji utiče na cjelokupnu pravičnost postupka.

V Posljedice neupućivanja pitanja sa stanovišta ESLJP

Primjena člana 267. UFEU zamišljena je kao direktna saradnja Suda EU i sudova država članica s ciljem obezbjeđivanja da se pravo EU tumači jedinstveno u svim državama članicama. Kao posljedicu, Sud EU je naglasio da je samo na sudu države članice, a ne na strankama u postupku, da pokrene predmet pred Sudom EU i odluči koja će pitanja uputiti Sudu EU.²⁵² Taj postupak je potpuno nezavisan od bilo kakve inicijative stranaka.²⁵³

U Preporukama namijenjenim nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka iz 2016. godine²⁵⁴, navodi se da se prethodni postupak zasniva na bliskoj saradnji između Suda EU i sudova država članica.²⁵⁵ Naglašava se da se nadležnost Suda EU za odlučivanje u prethodnom postupku o tumačenju ili validnosti prava Unije zasniva isključivo na inicijativi nacionalnih sudova, bez obzira na to da li su stranke u glavnom postupku izrazile želju za obraćanjem Sudu EU ili ne.²⁵⁶ Prema tome, EU, kako primarnim pravom, tako i preporukama koje pojašnjavaju ovaj institut, ne garantuje strankama pravo na podnošenje zahtjeva za prethodnu odluku. EU to obrazlaže time da je odgovornost za sudsku odluku koju treba donijeti na nacionalnom sudu pred kojim je u toku spor, pa je samo

²⁵¹ Ibid. npr. u Njemačkoj, gdje je Savezni ustavni sud u više navrata poništavao presude nižih sudova kada su oni odbili da upute prethodno pitanje, iako su djelovali kao sudovi posljednje instance. Prema Ustavnom sudu takvo odbijanje može predstavljati povredu ustavnog principa utvrđenog u zakonu, koji propisuje da niko ne može biti lišen zaštite sudova ustanovljenih zakonom. Slične pristupe zauzeli su i ustavni sudovi u Češkoj Republici (Ústavní soud), Slovačkoj (Ústavný súd), Austriji (Verfassungsgerichtshof), Sloveniji (Ustavno sodišče Republike Slovenije) i Španiji (Tribunal Constitucional).

²⁵² Presuda u predmetu C-404/07 György Katz protiv Istvána Rolanda Sósa, od 9.10. 2008., ECLI:EU:C:2008:553, par. 37.

²⁵³ Presuda u predmetu C-137/08 VB Pénzügyi Lízing Zrt. protiv Ferencea Schneidera, od 9.11.2010., ECLI:EU:C:2010:659, par. 28.

²⁵⁴ Preporuke nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka, SL C 380, 8.11.2019., str.1-9.

²⁵⁵ Ibid, toč.2.

²⁵⁶ Ibid, toč. 3.

na njemu da ocijeni, s obzirom na specifičnosti svakog predmeta, nužnost postavljanja zahtjeva za prethodnu odluku i relevantnost pitanja koja postavlja Sudu EU.²⁵⁷ Osim toga, to proizlazi i iz pravnog načela *iura novit curia*, koje stavlja u prvi plan obavezu nadležnog suda da primijeni relevantnu normu bez potrebe da stranke u postupku iznose i dokazuju sadržaj važećeg prava.

To dalje znači da bi svaka procesna norma domaćeg prava koja bi sprječavala nacionalni sud da razmotri usklađenost nacionalnih odredbi sa pravom EU bila u suprotnosti sa pravilima EU, u slučaju da su stranke kasno iskoristile procesna ovlašćenja i ukazale na neku odredbu prava EU.²⁵⁸

Prema članu 267. stav 3. UFEU-a, ako se pitanje tumačenja prava EU pojavi u predmetu koji je u toku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, taj je sud dužan da uputi to pitanje Sudu EU. Međutim, iz presude Suda EU u predmetu Cilfit²⁵⁹ proizlazi da ta obaveza nije apsolutna. U presudi Cilfit navedena su tri izuzetka: (i) ako sud najviše instance protiv čijih odluka nema pravnog lijeka utvrdi da je pitanje „irelevantno“, (ii) da je „predmetna odredba prava EU već protumačena od strane Suda EU“, ili (iii) da je „ispravna primjena prava EU toliko očigledna da ne ostavlja prostora za bilo kakvu razumnu sumnju.“²⁶⁰

Stranke koje su predlagale podnošenje zahtjeva za prethodnu odluku od strane suda države članice, a države članice nisu uputile prethodna pitanja Sudu EU, su pred Evropskim sudom za ljudska prava (ESLJP) isticale povredu prava na pravično suđenje, propisanog članom 6. stav 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima.²⁶¹ ESLJP je naglasio da Konvencija ne garantuje pravo da domaći sud uputi predmet drugom nacionalnom sudu ili Sudu EU na prethodnu odluku. Međutim, ESLJP je prepoznao vezu s članom 6. stav 1. Konvencije, navodeći da odbijanje domaćeg suda da odobri upućivanje može, u određenim okolnostima, narušiti pravičnost postupka,

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ To dalje znači da će Sud EU će biti čak u mogućnosti da preformuliše pitanje postavljeno od nacionalnog suda, ako nacionalni sud pogrešno formuliše svoje pitanje: Broberg Morten, Fenger, Niels, 2010., str. 403-404.

²⁵⁹ Vidi: presudu u predmetu C-283/81 Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo Spa protiv Ministarstva zdravstva, od 6.10. 1982., ECLI:EU:C:1982:335, par. 21.

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Član 6. St. 1. Konvencije o ljudskim pravima glasi: " Radi utvrđivanja svojih prava i obaveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za krivično djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. (...)."

ako se dokaže da je odbijanje bilo proizvoljno. Naime, iz člana 6. stav 1. Konvencije proizlazi pravo na obrazloženu odluku koja štiti pojedinca od proizvoljnosti i osigurava vladavinu prava. Ta načela služe za jačanje povjerenja javnosti u objektivni i transparentan pravosudni sistem, koji je jedan od temelja demokratskog društva.²⁶² Pravo na obrazloženu odluku pokazuje strankama da su saslušane i obavezuje sudove da svoju odluku temelje na objektivnim razlozima.²⁶³

Pred ESLJP, pitanje prava na obrazloženu odluku u vezi sa prijedlogom stranke za postavljanje zahtjeva za prethodnu odluku Sudu EU, uglavnom se javlja u slučajevima sudova država članica najviših instanci protiv kojih nema pravnog lijeka. Ipak, ESLJP ne isključuje mogućnost da bi, odbijanje domaćeg suda da postavi prethodno pitanje moglo, u određenim okolnostima, uticati na pravičnost postupka, čak i ako to nije sud posljednje instance.

Kada nacionalni sudovi, protiv čijih odluka nema pravnog lijeka prema nacionalnom pravu, odbiju uputiti zahtjev za prethodnu odluku Sudu EU o tumačenju prava EU, dužni su obrazložiti svoje odbijanje prema Cilfit kriterijima, odnosno moraju navesti razloge zašto su smatrali da je pitanje irelevantno, da je odredbu EU-a u pitanju već protumačio Sud EU, ili da je ispravna primjena prava EU-a toliko očigledna da ne ostavlja prostora za bilo kakvu razumnu sumnju.²⁶⁴ Na primjer, ESLJP je našao povredu člana 6. stav 1. Konvencije kada najviši sud države članice nije spomenuo zahtjev podnosioca za prethodno pitanje, niti naveo razloge zbog kojih je smatrao da postavljeno pitanje ne zasluhuje upućivanje Sudu EU, u predmetima *Dhahbi protiv Italije* (br. 17120/09, presuda od 8. aprila 2014.), *Schipani i drugi protiv Italije* (br. 38369/09, presuda od 21. jula 2015.), *Rutar i Rutar Marketing d.o.o. protiv Slovenije* (br. 21164/20, presuda od 17. septembra 2020.). Nadalje, ESLJP je našao povredu i u predmetima *Sanofi Pasteur protiv Francuske* (br. 25137/16, presuda od 13. februara 2020.) i *Bio Farmland Betriebs S.R.L. protiv Rumunije* (br. 43639/17, presuda od 13. jula 2021.), kada je domaći sud samo naveo da nema potrebe za upućivanjem pitanja Sudu EU, bez da je to utvrdio kroz Cilfit kriterije.

²⁶² Predmet *Baydar protiv Nizozemske*, br. 55385/14, 24.4.2018., par. 39.

²⁶³ Vidi *ibid* i Predmet *Ullens de Schooten i Rezabek protiv Belgije*, br. 3989/07 i 38353/07, 20.9.2011., par. 54-59.

²⁶⁴ Predmeti *Somorjai protiv Mađarske*, br. 60934/13, 28.8.2018., par. 39-41, *Ullens de Schooten i Rezabek protiv Belgije*, br. 3989/07, 20.9.2011., par. 56; *Sanofi Pasteur protiv Francuske*, br. 25137/16, 13.2. 2020., par. 68.

Međutim, Sud EU ističe da obaveza domaćih sudova da daju razloge za svoje presude i odluke ne može biti shvaćena tako da je potreban detaljan odgovor na svaki prigovor. Ocjenu da li je sud propustio da ispuni obavezu davanja razloga, ESLJP određuje u svjetlu konkretnih okolnosti predmeta i nacionalnog prava.²⁶⁵

U predmetu Udruženje "Majke Srebrenice" i drugi protiv Nizozemske (br. 65542/12, presuda od 11. lipnja 2013.), ESLJP utvrdio je da je sažeto obrazloženje koje je koristio Vrhovni sud, odbijajući zahtjev za prethodnu odluku, bilo dovoljno. Razlog za to je bio što revizija u meritumu nije imala izgleda za uspjeh, pa upućivanje prethodnih pitanja Sudu EU ne bi uticalo na ishod postupka.²⁶⁶

Slično, sažeto obrazloženje suda posljednje instance bilo je dovoljno i u predmetu Harisch protiv Njemačke (br. 50053/16, presuda od 11. aprila 2019.), budući da je niži žalbeni sud detaljno analizirao pravo EU i oslonio se na sudsku praksu Suda EU, navodeći da nije bilo dilema u tumačenju odredbi. Savezni sud pravde, kao sud posljednje instance, stoga je imao pravo dati sažeto obrazloženje pozivom na relevantne odredbe.

Sud EU je potvrdio ova načela u kasnijim presudama i odlukama, ističući da, kada viši domaći sud odbije zahtjev uz sažeto obrazloženje, jer predmet ne pokreće važno pravno pitanje ili nema izgleda za uspjeh, to može biti prihvatljivo prema članu 6. Konvencije, da se taj sud suzdrži od izričitog bavljenja zahtjevom za prethodnu odluku.²⁶⁷ ESLJP je, u zavisnosti od okolnosti, prihvatio implicitno obrazloženje kao dovoljno.²⁶⁸ Ipak, iako obrazloženje ne mora uvijek biti izričito, ono mora omogućiti strankama da razumiju donesenu odluku.

U odluci Astikos Kai Paratheristikos Oikodomikos Synetairismos Axiomatikon i Karagiorgos protiv Grčke, Sud EU je prihvatio sažeto obrazloženje, jer žalba nije ispunjavala domaće procesne uslove.²⁶⁹

²⁶⁵ Predmet Baydar protiv Nizozemske, br. 55385/14, 24.4.2018., par. 40.

²⁶⁶ Udruženje "Majke Srebrenice" i drugi protiv Nizozemske, br. 65542/12, 11.6.2013., par. 173.

²⁶⁷ Vidi Predmet Baydar protiv Nizozemske, br. 55385/14, 24.4.2018., par. 42-49 i tamo citirane odluke ESLJP-a.

²⁶⁸ Na primjer vidi: Predmet Repcevirág Szövetkezet protiv Mađarske, br. 70750/14, 30.4.2019, par. 58.

²⁶⁹ Astikos Kai Paratheristikos Oikodomikos Synetairismos Axiomatikon and Karagiorgos protiv Grčke, br. 29382/16 i 489/17, 09.5.2017., par. 47.

Kada ESLJP preispituje je li nacionalni sud dovoljno obrazložio odbijanje prijedloga za prethodnu odluku prema Cilfit kriterijima, on može ocjenjivati opravdanost obrazloženja. Međutim, ESLJP naglašava da njegova uloga nije ispitivati eventualne greške koje su domaći sudovi mogli napraviti u tumačenju ili primjeni zakona, već samo da osigura da odbijanje bude praćeno obrazloženjem. Primarno je na nacionalnim organima, posebno na sudovima, da tumače i primjenjuju domaće pravo, ako je potrebno u skladu sa pravom EU, pri čemu je uloga Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) ograničena na utvrđivanje da li su učinci takvog presuđivanja u skladu s Konvencijom.²⁷⁰ Dakle, nadležnost ESLJP-a ograničena je na procjenu da li su ti razlozi proizvoljni ili očigledno nerazumni, jer je to granica nadležnosti Suda EU u ocjeni da li je domaće pravo ispravno tumačeno i primijenjeno.²⁷¹

ESLJP postavlja i uslove koje mora ispuniti prijedlog stranke za prethodnu odluku. Dakle, nije svaki prijedlog relevantan; on mora biti dopušten i obrazložen. Na primjer, kada je prijedlog za podnošenje zahtjeva za prethodnu odluku nedovoljno obrazložen ili formulisan u širokim crtama, prihvatljivo je prema članu 6. Konvencije da viši nacionalni sudovi odbiju pritužbu pukim pozivanjem na relevantne zakonske odredbe, ako predmet ne pokreće važno pravno pitanje.²⁷²

VI Tumačenje pravnih praznina u cilju obezbijedenja pravičnog suđenja

Iako nisu propisane jedinstvene procedure u vezi sa zahtjevom za prethodnu odluku, na pravnom sistemu svake države je da, poštujući cilj i svrhu ovog postupka, domaćim procesnim pravilima uredi neophodne procedure za njegovo podnošenje. Sud pravde EU je dao određene smjernice koje se odnose na slobodnu i nesmetanu komunikaciju nacionalnih sudova sa Sudom EU. Kao što smo ranije naveli, smjernice se odnose na zabranu višem sudu da izmijeni ili ukine odluku o podnošenju zahtjeva Sudu EU i naloži sudu koji je donio tu odluku da nastavi postupak koji je bio prekinut.²⁷³

Međutim, praksa ESLJP daje drugačije smjernice, ukazujući na to da su sudovi, prilikom odbijanja zahtjeva za prethodnu odluku, dužni obrazložiti

²⁷⁰ Predmet Ullens de Schooten i Rezabek, br. 3989/07 i 38353/07, 30.08.2011., par. 54.

²⁷¹ Predmet Talmane protiv Latvije, br. 47938/07, 13.10.2016., par. 31.

²⁷² Predmet Baydar protiv Nizozemske, br. 55385/14, 24.4.2018., par. 42.

²⁷³ Vidi presudu u predmetu C-210/06 od 16.12.2008., Cartesio Oktató és Szolgáltató bt., ECLI:EU:C:2008:723.

svoje odbijanje prema Cilfit kriterijima. To znači da moraju navesti razloge zašto su smatrali da je pitanje irelevantno, da je Sud EU već tumačio spornu odredbu ili da je ispravna primjena prava EU toliko očigledna da ne ostavlja prostor za bilo kakvu razumnu sumnju.²⁷⁴ Podrazumjeva se da ESLJP prilikom svojih razmatranja ne ulazi u ocjenu procesnih normi domaćeg zakonodavstva sve dok sudovi kroz iste obezbijavaju poštovanje konvencijskih prava.

Međutim, kada prethodno navedene standarde iskoristimo za tumačenje pravnih praznina u zakonskim odredbama kojima je regulisan prekid postupka u hrvatskom zakonodavstvu, dolazimo do značajnih zaključaka.

Naime, izmjene zakonodavstva radi regulisanja nacionalnog postupka u slučaju podnošenja zahtjeva za prethodnu odluku involvirane su u glavu procesnog parničnog zakona Republike Hrvatske kojim se uređuje prekid postupka.

Imajući u vidu da je žalba uvijek dozvoljena kada nije izričito zabranjena²⁷⁵ te da odredbe zakona vezane za prekid postupka isključivo ograničavaju pravo na podnošenje posebne žalbe, u slučaju kada sud na ročištu odbija predlog za prekid postupka i odluči da se postupak odmah nastavi²⁷⁶, jasno je da nema procesnog ograničenja koje bi spriječavalo sud da donese odluku kojim se odbija predlog za prekid postupka.²⁷⁷

Ovakvo tumačenje čini se pravno prihvatljivim u kontekstu naprijed navedene prakse Suda EU, budući da praksa, kako je naprijed navedeno, zabranjuje –višim sudovima da nalože nižem sudu da izmijeni ili ukine odluku o podnošenju zahtjeva Sudu EU i naloži sudu koji je donio navedenu odluku da nastavi s postupkom koji je bio prekinut²⁷⁸, ali ne i da preispituju odluku nižeg suda da ne uputi prethodno pitanje, što su sudovi shodno pravnom načelu *Iura novit curia*, svakako dužni raditi i bez posebne žalbe stranaka.

²⁷⁴ Predmeti *Somorjai protiv Mađarske*, br. 60934/13, 28.8.2018., par. 39-41, *Ullens de Schooten i Rezabek protiv Belgije*, br. 3989/07, 20.9.2011., par. 56; *Sanofi Pasteur protiv Francuske*, br. 25137/16, 13.2. 2020., par. 68.

²⁷⁵ Član 378 ZPP-a Republike Hrvatske i član 393 ZPP-a Crne Gore.

²⁷⁶ Član 218 st. 2 ZPP-a Republike Hrvatske i čl. 215 st. 2 ZPP Crne Gore.

²⁷⁷ Isto rješenje se bez dilema u praksi primijenjuje u pogledu odbijanja suda da prekine postupak zbog nacionalnog prethodnog pitanja.

²⁷⁸ Vidi presudu u predmetu C-210/06 od 16.12.2008., *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, ECLI:EU:C:2008:723.

Na navedenom stanovištu bio je i Općinski sud u Varaždinu ²⁷⁹ kada je rješenjem odbio prijedlog tužioca za prekid postupka radi podnošenja prethodnog pitanja Sudu EU jer smatra da odgovori na predložena pitanja nisu neophodni ni odlučni za donošenje odluke u sporu.

Međutim, žalba na navedenu odluku je odbačena kao nedopuštena, jer je drugostepeni sud stao na stanovište da je riječ o odluci kojom se upravlja postupkom i na koju odluku nije dozvoljeno pravo žalbe, sugerisući nižem sudu da je potrebno u glavnoj odluci samo obrazložiti razloge zbog kojih sud nije uputio odluku, a sve shodno praksi ESLJP ²⁸⁰.

Međutim, čini se da za ovakvo uže tumačenje nema opravdanog razloga. Prvo, jer ne proizilazi iz zakonskih normi ²⁸¹, a drugo jer će se obavezom suda da donese rješenje o odbijanju predloga -bilo posebnim rješenjem, bilo kroz odluku o glavnoj stvari obezbijediti da te odluke budu obrazložene i preispitivane po žalbi. Prethodno navedeno naročito imajući u vidu da je zakonodavac predvidio mogućnost postupajućeg suda da odluku donese na ročištu, koja se može pobijati samo u žalbi na presudu, čime se postupajućem sudiji ostavlja sloboda da izabere modul odlučivanja u cilju obezbijedjenja da se postupak odvija u pravom smijeru i bez bespotrebnih odlaganja.

VII Zaključak

Nedovoljna zakonska i ugovorna normiranost postupka prethodnog pitanja u državama članicama, uslovila je, neophodnost upoznavanja sa sudskom praksom Suda EU i ESLJP, u cilju potpunijeg razumijevanja ovog postupka.

U članku su predstavljeni odgovori, iskristalisani kroz sudsku praksu suda EU, na pitanja ko sve može biti autor zahtjeva za prethodno pitanje, kada sud može, a kada mora podnijeti prethodno pitanje, kao i kako sud treba

²⁷⁹ Poslovni broj Pr-1342/2021-16 od 9. Maj 2023.

²⁸⁰ Županijski sud u Zagrebu, Poslovni broj 16 Gž R-958/2023-2 : "Uvažavajući i činjenicu da prema čl. 343. st. 3. ZPP-a sud je vezan za svoja rješenja ako se ona ne odnose na upravljanje parnicom ili ako ZPP-om nije što drugo određeno, protiv rješenja kojim je odbijen prijedlog za postavljanje prethodnog pitanja Sudu Europske unije žalba nije dopuštena pa je žalba tužitelja primjenom čl. 380. st. 1. ZPP-a u svezi s čl. 278. st. 2. ZPP-a i čl. 280. ZPP-a odbačena kao nedopuštena" .. "Stranke postupka mogu samo dati inicijativu za pokretanje prethodnog postupka, a u slučaju nepostavljanja prethodnog pitanja sud samo treba dati obrazloženje zbog čega smatra da prethodno pitanje nije bilo potrebno postaviti."

²⁸¹ Čime se različito tumače procesna pravila u zavisnosti od tačke zakona istog člana, u odnosu na koju sud smatra da nije potrebno prekinuti postupak.

postupiti u slučaju da se ne slaže s predlogom stranke da je potrebno uputiti prethodno pitanje Sudu EU.

Predstavljena su iskustva država članica, naročito Republike Hrvatske, u pogledu odnosa između prethodnog i nacionalnog postupka, koji mogu pomoći Crnoj Gori da izbjegne primjenu nejasnih ili nedosljednih zakonskih rješenja, već da primijeni rješenja koja su se već pokazala učinkovitim, ostavljajući prostora i snage da se sa novim izazovima izbori u kratkom vremenskom periodu i pripremi pravosudni sistem za primjenu prava EU.

Analizom prakse Republike Hrvatske vidjeli smo da je u određenim situacijama bilo cjelishodno dozvoliti žalbe na odluke o upućivanju prethodnog pitanja, a sve nasuprot pravnoj teoriji koja u većinskom dijelu kritikuje zakonodavna rješenja koja dozvoljavaju žalbu na odluku suda da uputi prethodno pitanje. Takođe, cjelishodno je donijeti odluku kojom se odbija predlog za prekid postupka, bilo na ročištu bilo posebnom odlukom, kako bi se obezbijedilo da odluke budu obrazložene.

Analizom prakse ESLJP došli smo do zaključka da neupućivanje prethodnog pitanja Sudu pravde EU može uticati i na pravičnost postupka što stvara obavezu domaćih sudova da u skladu sa EKLJP adekvatno obrazlože svoje odluke u kontekstu člana 6 stav 1 Konvencije, koji garantuje pravo na pravično suđenje. Ova praksa doprinosi preplitanju nadležnosti i sudske prakse između Suda pravde EU i ESLJP-a, čime se strankama omogućavaju dodatni mehanizmi zaštite prava u kontekstu garancija pravičnog suđenja.

Bez obzira što sudska praksa još uvijek nije u potpunosti razjasnila sva pitanja od značaja za primjenu instituta prethodnog postupka, temeljno poznavanje dosadašnje sudske prakse može biti od pomoći u budućem blagovremenom prepoznavanju eventualnih problema i biti od pomoći da se sudska praksa razvija u skladu sa dinamičnosti društvenih promjena.

Stoga, zadatak ovog članka je da pruži adekvatnu pripremu za sve organe koji će u postupku pridruživanja Crne Gore EU, i nakon toga biti u mogućnosti da utiču i koriste ovaj mehanizam u cilju osiguravanja da se pravo Evropske unije pravilno tumači i primjenjuje.

Vanja VUJOVIĆ, MSc*

Mirella RODIN, PhD*

Ivan AKRAP, PhD*

THE IMPACT OF FAILING TO REFER A PRELIMINARY QUESTION TO THE COURT OF JUSTICE OF THE EU ON THE FAIRNESS OF THE PROCEEDINGS

Summary

Based on Articles 19 of the TEU and 267 of the TFEU, the Court of Justice of the EU has jurisdiction in preliminary ruling procedures to interpret EU law in order to ensure that EU rules are applied uniformly across all Member States. This paper will address the provisions of the TFEU regulating the preliminary ruling procedure, with a focus on the criteria established through the case law of the Court of Justice of the EU as well as those provided through recommendations intended for national courts. We will analyze when the courts of the Member States are obliged to refer a preliminary question, and when they may choose to refer a preliminary question to the Court of Justice of the EU, as well as the significance a party's proposal for referring a preliminary question may have. Furthermore, the paper will, through the case law of the European Court of Human Rights, examine the failures of national courts in Member States when deciding not to refer a preliminary question, which affect the fairness of the proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights. The research findings of this paper will highlight the lack of regulations in Member States and EU recommendations regarding how national courts should handle a party's proposal to initiate the preliminary ruling procedure. In this regard, the necessity of amending national legislation to ensure fairness in proceedings will be suggested and analyzed, using the legislative framework of the Republic of Croatia as a case study. This research may serve as a guide

* Judge of the Basic Court in Podgorica.

* Judge of the Municipal Court in Crkvenica, Republic of Croatia.

* University of Split, Department of Professional Studies, Republic of Croatia.

for legislative changes in the legal system of Montenegro in the context of its upcoming EU accession. We believe that the aforementioned has significant importance for understanding the institutional framework of the EU Court, as well as the additional obligations of national courts to ensure fairness in the part of the procedure related to preliminary rulings.

Keywords: *Preliminary ruling, initiative for referring a preliminary question, Court of Justice of the EU, fairness of the proceedings, European Convention on Human Rights*

Literatura

Knjige i časopisi

Bebr, G., ‘The Preliminary Proceedings or Article 177 EEC – Problems and Suggestions for Improvement, in Schermers, H.G., et al. (eds), Article 177 EEC: Experience and Problems, North-Holland, Amsterdam, 1987.

Broberg Morten, Fenger Niels, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press ,2010.

Broberg Morten, „National courts of last instance failing to make a preliminary reference: the (possible) consequences flowing therefrom”, *European public law*, vol. 22, issue 2 (Jun 2016), str. 243-256.

Broberg Morten, „Preliminary References by Public Administrative Bodies: When Are Public Administrative Bodies Competent to Make Preliminary References to the European Court of Justice?", 15 *European Public Law* ,2009, 207 .

Butler Graham, „Just say no!: Appeals against orders for a preliminary reference”, *European public law*, vol. 26, issue 3 (Dec. 2020), str. 615-641.

Galetta, Diana-Urania “Procedural Autonomy of EU Member States : Paradise Lost ?", Berlin Heidelberg , Springer, 2010.

Gragl Paul, „(Judicial) love is one way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16”, *European law review*, vol. 38, no. 2 (2013), str. 229-247.

Pošćić Ana, Martinović Adrijana, "Postavljanje prethodnog pitanja Sudu Europske unije", *Građansko pravo- sporna pitanja i aktualna sudska praksa - 2018.*, Zbornik radova, Tuheljske Toplice, 22. - 23. studenoga 2018., Vrhovni sud RH i Pravosudna akademija RH, str. 223. -251.

Rasmussen, H., ‘The European Court’s Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T. Or: Acte Clair, of Course! But What does it Mean ?’, 9 EL Rev. (1984).

Šago Dinka, „Postupak prethodnog odlučivanja pred Europskim sudom – problemi i moguća rješenja”, *Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij.* (1991) v. 36, br. 1, str. 381-408 (2015).

Internet izvori

EUR-Lex - 32019H1108(01) - EN - EUR-Lex (europa.eu), pristup stranici 04.08.2024. godine.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex%3A32012Q0929%2801%29>, pristup stranici 04.08.2024. godine.

tra-doc-hr-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf (europa.eu), pristup stranici 04.08.2024.

Preporuke namijenjene nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka (europa.eu), pristup stranici 01.08.2024. godine.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2019:380:FULL>, pristup stranici 9.9.2024.

Prof. dr Aleksandar B. IVANOVIĆ*
dr Nikola TERZIĆ*

OSIGURANJE KVALITETA FORENZIČKIH VJEŠTAČENJA U CRNOJ GORI I NJIHOVA KOMPITABILNOST SA EVROPSKIM STANDARDIMA

Sažetak

Opšte je poznata uloga i mjesto forenzičkih nauka u pravosuđu, a koje predstavlja treći stub institucionalnog okvira Evropske Unije. U ovom radu će se prezentovati pravni akti Evropske Unije koji se odnose na regulisanje poslova forenzike u državama Evropske Unije, njihovu uniformnost, izjednačnost i primjenjivost u svim državama članicama. Dalje, biće prezentovano na kojem je nivou Crna Gora u dijelu usklađenosti poslova forenzike sa pravnim aktima Evropske Unije. Najznačajniji reprezent forenzike u Crnoj Gori je Forenzički centar Uprave policije, kao institucija koja ispunjava sve zahtjeve standarde Evropske Unije iz ove oblasti. Institucionalna povezanost Forenzičkog centra Crne Gore sa pravnim sistemom Evropske Unije, se ostvaruje posredstvom ENFSI-a (Evropska mreža forenzičkih naučnih institucija). ENFSI je strukovno udruženje forenzičkih institucija država Evrope, koje je od strane Evropske Unije zaduženo za razvoj forenzike u država članicama i državama kandidatima za prijem u Evropsku Uniju. U radu će biti prezentovan i projekat ENFSI-a, EFSA 2 (Evropski forenzički naučni prostor) kojim se planira realizacija postavljenih ciljeva iz oblasti obavljanja forenzičkih poslova u Evropi do 2030. godine. Realizacijom pomenutih ciljeva, teži se izjednačavanju, uniformnosti i standardizaciji poslova forenzike u svim državama Evrope (članicama Evropske Unije i drugim državama, čije su forenzičke institucije članovi ENFSI-a).

Ključne riječi: *forenzičke nauke, Evropska mreža forenzičkih naučnih laboratorija, Evropski forenzički naučni prostor*

* Savjetnik u Upravi policije Crne Gore.

* Savjetnik u Upravi policije Crne Gore.

I Uvod

Proces usklađivanja zakonodavstva Crne Gore sa zakonodavstvom zemalja Evropske Unije, predstavlja jedan od preduslova za njenu integraciju u zajednicu koja predstavlja najnapredniji slobodni protok ljudi, roba, kapitala, ideja i nauke na području od preko pet stotina miliona ljudi. Jedan od veoma važnih segmenata u procesu usklađivanja zakonodavstva Crne Gore, kao države koja imaju jasnu tendenciju pristupanja Evropskoj uniji, je i usklađivanje zakonske regulative u oblasti forenzičkih ispitivanja, odnosno vještačenja. U postupcima i preduzetim mjerama koje preduzima Evropska unija sa ciljem definisanja krivičnih djela i prihvatljivosti dokaza kod njihovih rasvjetljavanja, metode za njihovo ispitivanje i vještačenje moraju biti usklađene, usaglašene i standardizovane!

Svako društvo koje teži vladavini prava i demokratiji, kao jedan od osnovnih temelja ima nezavisno, samostalno, objektivno i stručno krivično pravosuđe, čiji je zadatak da garantuje nepristrasno, efikasno i efektivno utvrđivanje odgovornosti za izvršeno krivično djelo, na osnovu koje se izriče odgovarajuća sankcija. Da bi javnost imala povjerenje u pravosudni sistem i procedure, krivični postupak je prilično formalizovan i sastoji se od niza radnji sa ciljem objektivnog utvrđivanja i sagledavanja činjenica, koje će sa najvećim mogućim stepenom vjerovatnoće i tačnosti dovesti do pravno valjanog zaključka - dokaza i na njima zasnovanoj sudskoj presudi. Savremeno pravosuđe najviše i uglavnom počiva i zasniva se na forenzičkim naukama i dokazima kojima pothranjuju bezbjednosni i pravosudni aparat.

Usklađenost, usaglašenost i standardizacija poslova forenzike u državama Evropske unije započela je iz praktičnih razloga. Naime, prekogranični kriminalitet i terorizam, prisilili su evropske države na intenzivnu i operativnu pravosudnu saradnju. Ta saradnja između ostalog podrazumijeva i operativnu forenzičku saradnju, koja se najviše i uglavnom sagleda u međudržavnoj razmjeni forenzičkih podataka, kao što su prvenstveno DNK profili, zatim otisci prstiju i ostali forenzički biometrijski i drugi podaci.

Tako se došlo do jedne česte i primjenjive situacije, a to je da se forenzički podaci dobijeni u jednoj državi, koriste kao dokaz u policiji i na sudu druge države. Da bi ta međudržavna razmjena forenzičkih podataka, koji su najčešće i ključni za dokazivanje pojedinih krivičnih djela međudržavnog i prekograničnog kriminala, bila efikasna, operativna i učinkovita, neophodno

je da se u svih državama Evropske unije, a poželjno bi bilo i ostalim državama Evrope (a to iz razloga što kriminal i kriminalci ne poznaju granice) uvede jedan isti forenzički standard! U tom pravcu su nadležni organi Evropske unije reagovali na način da je Savjet Evropske unije, 23.06.2008. godine, donio Odluku 208/615/JHA „Pojačavanje prekogranične saradnje, posebno u borbi protiv terorizma i prekograničnog kriminala“. Ova Odluka je između ostalog obezbijedila da države Evropske unije efikasnije započnu razmjenu forenzičkih baza podataka i identifikaciju izvršilaca osumnjičenih za krivična djela terorizma i međudržavnog kriminaliteta. Da bi pomenuta Odluka Savjeta Evropske unije bila pouzdana, operativno prihvatljiva i zakonski normirana, ukazala se potreba da se ista modifikuje. To je izvršeno na način da je Savjet Evropske unije, 30.11.2009. godine, donio Odluku 2009/905/JHA, koja se odnosi na akreditaciju forenzičkih institucija u državama Evropske unije. Ova Odluka je usmjerena u pravcu obezbjeđivanja pouzdanosti, kompatibilnosti i upotrebljivosti forenzičkih podataka (za sada DNK profila i otisaka prstiju), iz jedne državu u drugu.

Da bi obezbijedili cilj zacrtan Odlukom Savjeta EU 2009/905/JHA, ista obavezuje da sve države članice EU moraju imati makar jednu forenzičku instituciju akreditovanu po međunarodnom standardu kvaliteta ISO/IEC 17025. Član 5 pomenute Odluke Savjeta EU imperativno ukazuje da se u cilju priznavanja forenzičkih ispitivanja, analiziranja, istraživanja i vještačenja, svaka država članica mora pridržavati strogih uslova koje iziskuje standard kvaliteta ISO/IEC 17025, koji je definisan kao standard kvaliteta za rad u forenzičkim laboratorijama.

U cilju razvoja forenzičkih nauka i kontrole rada forenzike u državama Evrope, Evropska unija je ovlastila naučno-stručno udruženje ENFSI (European Network of Forensic Science Institutes – Evropska mreža forenzičkih naučnih institucija).²⁸²

ENFSI je osnovan 1995. godine kao udruženje sa ciljem razvoja, izjednačavanja i standardizovanja poslova forenzike u država članicama EU i drugim državama Evrope koje ispunjavaju visoke standarde za članstvo u ovoj referentnoj i respektabilnoj organizaciji. Članice ENFSI su 73. forenzičke institucije iz 39 država Evrope, sa primarnim ciljem obezbjeđenja

²⁸² European Network of Forensic Science Institutes ENFSI Vision of the European forensic science area 2030 (Evropska mreža forenzičkih naučnih institucija, Evropski forenzički naučni prostor 2030), <https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2021/11/Vision-of-the-European-Forensic-Science-Area-2030.pdf>, pristup 01.X 2024.godine.

kvaliteta, razvoja i standardizacije forenzičkih nauka i procesa u cijeloj Evropi. Glavni cilj i misija ENFSI udruženja je da obezbjeđuje najveći nivo kvaliteta forenzičkih laboratorija, svojih članica, ali iznad svega da garantuje jednakost i uniformnost u radu svih svojih članica! Pomenutu jednakost i uniformnost u radu svih svojih članica (73 forenzičke laboratorije u Evropi), ENFSI obezbjeđuje uvođenjem i primjenom međunarodnog standarda ISO 17025.

Kod stručnjaka-eksperata iz oblasti forenzike i forenzičkih nauka, već odavno nema nikakve dileme: profesionalizacija poslova forenzike znači standardizaciju i akreditaciju. Standardizacija poslova forenzike u pojedinim državama podrazumijeva jasno definisanje standarda koji se tiču svih djelova forenzičkog rada i postupanja.

Akreditacijom i potvrdom o akreditaciji dokazuje se kompetentnost za obavljanje određenih ispitivanja (u ovom slučaju forenzičkih analiza) u skladu sa svim zahtjevima određene norme (ISO/IEC 17025). Osim toga, proces akreditacije garantuje da se u akreditovanoj forenzičkoj laboratoriji, svi poslovi vezani za forenzičke analize, ispitivanja i vještačenja, obavljaju na isti način kao i u svim ostalim akreditovanim forenzičkim laboratorijama u Evropi. Na taj način se postiže usklađenost, izjednačenost i uniformnost poslova forenzike u državama Evropske unije, ali i državama koje su kandidati za članstvo u Evropskoj uniji i čije su forenzičke laboratorije punopravni članovi ENFSI udruženja²⁸³.

Evropska komisija je 2009. godine, ENFSI-u dodijelila monopolski status za oblast forenzičkih nauka u Evropi²⁸⁴. Time je Evropska komisija odredila ENFSI kao jedinog reprezentativnog predstavnika koji će uspostavljati komunikaciju i kontrolu u oblasti forenzike u državama članicama Evropske unije. Međutim, kako članstvo u ENFSI imaju i forenzičke laboratorije iz država koje nisu članice Evropske unije (a

²⁸³ ENFSI je 2010. godine, donio obavezujuću odluku za sve svoje članice (forenzičke laboratorije) da se do kraja 2014. godine, moraju akreditovati po međunarodnom standardu ISO 17025. Neispunjavanje pomenute odluke ENFSI-a, značilo je isključenje neakreditovane laboratorije i udruženja. Obavezujuću odluku ENFSI-a u cilju akreditacije forenzičkih laboratorija, do 2014. godine, nisu ispunile laboratorije iz Portugala, Poljske, Bosne i Hercegovine i iste su izgubile članstvo u ovom respektabilnom i referentnom udruženju. Kasnijih godina, pomenute forenzičke laboratorije su ispunile zahtjevne uslove standarda ISO 17025 i naknadno se akreditovala i povratila članstvo u ENFSI.

²⁸⁴ Direct grants-„Monopoly programmes (direktni grant za monopolski program)”, <https://enfsi.eu/projects/monopoly-programmes-mp/>, pristup 02.X 2024.godine.

ispunjavaju sve zahtjevne uslove jednako kao i laboratorije iz država Unije), ova odluka Evropske komisije pruža velike benefite pomenutim laboratorijama. To se najviše i uglavnom odnosi na forenzičke standarde koji su izjednačeni u forenzičkim laboratorijama država članica Evropske unije i državama koje to nisu, ali su punopravni članovi ENFSI udruženja. To znači da se u državama koje imaju forenzičke laboratorije (kao što je između ostalog i Forenzički centar Crne Gore), koje su punopravne članice ENFSI udruženja, a nisu članovi Evropske unije, forenzička analiziranja, ispitivanja i vještačenja se obavljaju na isti način kao i u državama Unije i njihovi rezultati se priznaju u svim državama članicama ENFSI udruženja, odnosno u svim državama Evropske unije. Pomenuta konstatacija je od velike važnosti za građane država članica Evropske unije, a koji borave u državama koje nisu njeni članovi. Ukoliko bi pomenuti građani država Unije, bili iz raznoraznih razloga, procesuisani za neko krivično djelo u državi koja nije član Unije, a u kojoj borave, izjednačeni forenzički standardi im garantuju jednak i pouzdan pravosudni postupak u dijelu izvođenja činjenica na osnovu materijalnih dokaza, kao u bilo kojoj državi Unije. Dakle, Evropska unija je posredstvom ENFSI udruženja u svim svojim državama i državama koje imaju puopravno članstvo u ENFSI²⁸⁵ obezbijedila da se u pravosuđu prilikom izvođenja dokaznog postupka koristi i primijenjuje jedan, jedinstveni forenzički standard!

II Forenzika u Crnoj Gori i njena uloga i mjesto u Evropskoj uniji

Crna Gora nije član Evropske unije, ali je država Evrope i najozbiljniji kandidat da postane njena 28. članica! Kroz svoju istoriju, Crna Gora je uvijek težila saradnji sa naprednim i savremenim državama i imala tendencije postizanja evropskih standarda u svim vidovima društvenog života, a naročito u oblasti prava i pravde. Oduvijek je kod naroda u Crnoj Gori, bila prisutna ideja za potrebom humanizacije i demokratizacije međuljudskih i društvenih odnosa, pa tako i u oblasti forenzičkih nauka, nalazimo podatke iz daleke 1850. godine o obavljanju sudskomedicinskog (forenzičkog) vještačenja u Crnoj Gori²⁸⁶. Naime, u memoarima Rada Turova Plamenca nalazi se zapis o

²⁸⁵ Evropske Države koje nemaju forenzičke laboratorije članice ENFSI su Bjelorusija, Albanija, Island, Luksemburg, Andora, Lihtenštajn i Vatikan (poslednje četiri navedene države nemaju svoje forenzičke institucije).

²⁸⁶ I. Milović, „Slučaj sudsko medicinskog veštačenja eshumacijom u Crnoj Gori u prvoj polovini 19. veka u Crnoj Gori”, *Srpski arhiv za celokupno lekarstvo*, 130 (2002) 1-2.

prvom sudskomedicinskom (forenzičkom) vještačenju u Crnoj Gori (1850. godine!).

„...Vještačenje je prema nalogu Senata i uz prisustvo sudija obavio Jovo Iličković iz Gornjih Brčela u Crmnici, poznati narodni ljekar-vidar i ratni hirurg. Senat pozove Jova Iličkovića i pita ga: *Od koje je strane ubiven poginuli? Iličković nađe da je pogonuli ubiven u glavu ozada jer je zrnoboljina ozada uska, a sprijeda je zrnoboljina široka, te je na prednju stranu olovo izašlo!*

Dakle u opisanom događaju, postojali su svi bitni činioци forenzičkog vještačenja: Senat je odredio sudije koje su prisustvovali eshumaciji kostiju ubijenog, a Jovo Iličković je odlukom Senata faktički imenovan za sudskog vještaka (I. Milović 2002).

Dalje, 1860. godine, na suđenju Todoru Kadiću za ubistvo Knjaza Danila Petrovića u Kotoru u optužnici je stajalo i sledeće, a odnosi se na izvođenje dokaznog postupka:

„Okrivljen je radi potajnog umorstva njegovog veličanstva Knjaza Crne Gore Danila Petrovića Njegoša, večeri 12. avgusta u sedam sati i čerdeset pet minuta, godine 1860, putem eksplozije kubure na kapsul...Okrivljeni je bio saslušan iste večeri svestrano i na temelju provedenih izvoda tokom postupka proistekli su na njegovu štetu sledeći dokazi i povodi: ... f) što se na njemu našla pašnjača (što se u narodu zove čemer) koja služi da se u njoj drže puške, pa odnoseći sa puškama noseći sa 14 zametaka i nekoliko kapsula, sa opaskom da su i jedno i drugo tačno saodgovarali pušci. Branilac Todora Kadića, Nikola D. Đovani uložio je žalbu protiv presude i u njoj između ostalog naveo, a tiče se izvođenja dokaza vezanih za predmetno vatreno oružje: ...To što su pronađene kapsule potpuno saodgovarale kuburi, što bi se htjelo pripisati da je vlasništvo Kadića, ne može se pripisati drugome, nego prostome slučaju jer na svijetu ima na hiljade pušaka jednog te istog oblika i mjere kao što je ona te se pripisuje Kadiću.“²⁸⁷

Koliko god nam u današnjem vremenu, posle više od vijek ipo, gore pomenuti primjeri izgledaju daleko iza nas, staro, drevno, ljudske i pravne vrijednosti sadržane u radu i djelima stare Crne Gore, daju nam temelj, ali i veliku obavezu u pravcu savremenog razvoja institucija u Crnoj Gori, pa tako i u oblasti forenzike kao jedne od važnih segmenata pravosuđa jedne države.

²⁸⁷ A. Ivanović (2002), *Kriminalističko hemijska vještačenja tragova vatrene oružja*, MUP Crne Gore. Podgorica 2002.

Što se tiče Crnogorske tradicije, a vezano za pravno uvažavanje uloge sudskih vještaka od značaja je pomenuti i dio u Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine, gdje je u članu 571. određeno da „*Kada radi ocjene štete treba vještina stručnih ljudi, sud će prije nego što odluči saslušati njihovo mišljenje*“²⁸⁸. Dalje, nije na odmet pomenuti dio iz Zakona o sudskom postupku u krivičnim djelima Knjaževine Crne Gore od 20.02.1910. godine, a koji se odnosi, između ostalog i na vještake: „...*iako se u krivičnim sporovima nijesu naplaćivale nikakve sudske takse, osuđeni je plaćao sve troškove i dangube svjedocima, vještacima, sudskim tumačima itd.*“

Nastavljajući u kontinuitetu svoju slavnu tradiciju, gdje vidimo da je Crna Gora uvijek težila dostizanju vrijednosti savremenih država, a naročito u oblasti prava i pravde, ubrzo se nakon, na referendumu 21. maja 2006. godine, proglašenju nezavisnosti Crne Gore, započelo na izgradnji savremenog Forenzičkog centra u Danilovgradu. Impozantni objekat Forenzičkog centra, sa pratećim savremenim forenzičkim laboratorijama je zvanično počeo sa radom 2008. godine. Od važnosti je pomenuti da je Forenzički centar Crne Gore, pravni nasljednik Centra za kriminalističku tehniku Ministarstva unutrašnjih poslova, koji ima tradiciju još od 1954. godine, kada je u organizaciji tadašnjeg Sekretarijata unutrašnjih poslova Crne Gore, izvršena nabavka prvog komparativnog mikroskopa na kojem su obavljana balistička vještačenja²⁸⁹. Ubrzo nakon formiranja savremenih i sofisticiranih tehnika i tehnologija za sve vrste forenzičkih vještačenja (izuzetak su sudskomedicinska i ekonomsko finansijska vještačenja), Forenzički centar Crne Gore je 2009. godine, kao tada jedina forenzička institucija država iz regiona (tek nekoliko godina nakon Crne Gore u ENFSI udruženje su primljene forenzičke institucije iz Bosne i Hercegovine i Sjeverne Makedonije, Srbija je u ENFSI primljena istovremeno kada i Crna Gora, dok Albanija još uvijek nema forenzičku instituciju članicu ENFSI) primljen u punopravno članstvo ENFSI udruženja²⁹⁰.

²⁸⁸ R. Vukotić (2001). Otvaranje skupa. Nauka u službi pravosuđa. Udruženje sudskih vještaka Crne Gore. Budva 2001.

²⁸⁹ Što se tiče forenzike, Crna Gora već u EU: Nauka rješava i najteže zločine, <https://www.cdm.me/hronika/sto-se-tice-forenzike-crna-gora-vec-u-eu-nauka-rjesava-i-najteze-zlocine/>, pristup 03.X 2024.godine.

²⁹⁰ Members (popis forenzičkih laboratorija članica ENFSI), <https://enfsi.eu/about-enfsi/members/>, pristup 03.X 2024.godine.

Ispunjavajući u kontinuitetu, zahtjevne standarde Evropske unije, koji se odnose na primjenu forenzičkih nauka u pravosuđu, Forenzički centar Crne Gore je 2014. godine, akreditovan po međunarodnom standardu ISO 17025 i time ispunio uslove ENFSI udruženja za dalje članstvo u ovom respektabilnom i referentnom evropskom udruženju. Put do forenzičke akreditacije bio je dugotrajan i veoma zahtjevan. Proces akreditacije Forenzičkog centra Crne Gore realizovao se putem projekta EMFA-2 (Evropsko mentorstvo za forenzičku akreditaciju), koji je organizovala i finansirala Evropska unija, posredstvom ENFSI udruženja²⁹¹. Projekat EMFA-2 je podrazumijevao uparivanje forenzičkih laboratorija i to na sledeći način: jedna laboratorija koja je akreditovana je mentorska laboratorija drugoj laboratoriji koja se nalazi u procesu akreditacije. Kao mentorska forenzička laboratorija, Forenzičkom centru Crne Gore sa ciljem njegovog akreditovanja po standardu ISO 17025, u projektu EMFA 2, bio je estonijski forenzički institut iz Talina²⁹². Radi se o jednoj respektabilnoj forenzičkoj instituciji koja je forenzičke laboratorije policije, ministarstva pravde i ministarstva zdravstva objedinila u jedan jedinstveni forenzički institut koji svoje forenzičke analize, ispitivanja i vještačenja obavlja u objektu koji ima devet spratova (od toga dva su ispod zemlje i služe za obavljanje sudskomedicinskih vještačenja i obdukcija). Projekat ENFA 2 se odvijao u vremenskom periodu od 2011.-2013. godine, a isti je obuhvatao jedanaest, radnih studijskih posjeta u Forenzičkom centru u Danilovgradu i Forenzičkom institutu u Talinu. Nakon pomenutih aktivnosti uslijedila je ocjenjivačka posjeta predstavnika Akreditacionog tijela Crne Gore²⁹³ (kao ovlaštene nacionalne institucije za dodjelu akreditacije) i ocjenjivača-eksperata iz inostranstva. Završetkom kompletnog, zahtjevnog procesa akreditacionog ocjenjivanja, Forenzički centar Crne Gore je krajem 2014. godine, dobio sertifikat o akreditaciji po međunarodnom standardu ISO 17025. Na taj način je Crna Gora dobila forenzičku instituciju čiji su nalazi kompitabilni i priznati sa nalazima dobijenim u forenzičkim laboratorijama u državama članicama Evropske unije!

²⁹¹ Finalised projects (završeni projekti ENFSI), <https://enfsi.eu/projects/finalised-projects/>, pristup 04.X 2024.godine.

²⁹² Eesti kohtuekspertiisi instituut (Estonksi forenzički institute), <https://www.ekei.ee/et>, pristup 04.X 2024.godine.

²⁹³ Akreditaciono tijelo Crne Gore, <https://www.akreditacija.me/>, pristup 04.X 2024.godine.

III Projekat Evropske unije EFSA 2030

U cilju daljeg poboljšavanja povezivanja forenzičkih laboratorija u Evropi, posredstvom ENFSI udruženja, Evropska Unija je započela realizaciju projekta EFSA 2030²⁹⁴ (Evropski forenzički naučni prostor). Uspostavljanje jedinstvenog forenzičkog prostora je najveći napredak Evropske unije iz oblasti forenzičkih nauka. Ovaj projekat je važan, a možemo reći i ključni korak u cilju jačanja saradnje između pravosudnih i policijskih tijela u državama Evrope koje imaju forenzičke laboratorije članice ENFSI udruženja. Projekat ima ambiciju da unifikuje i standardizuje sav forenzički rad i ulogu forenzičkih nauka u državama Evropske unije i državama čije su forenzičke laboratorije članice ENFSI (među njima je i Crna Gora), odnosno da forenzičko postupanje od rada na licu mjesta krivičnog djela, pa sve do odbrane nalaza i mišljenja forenzičara na sudu, bude pouzdano, transparentno, nepristrasno i robusno (ponovljivo).

Navedeni projekat vizije Evropskog forenzičkog naučnog prostora do 2030. godine, striktno se odnosi na tri stuba.

Prvi stub nosi naziv „U susret sa budućnošću” i sastoji se od 5 cjelina:

1. Biometrija - omogućava individualizaciju i autentifikaciju osobe na osnovu skupa prepoznatljivih i provjerljivih podataka, a koji su jedinstveni i karakteristični samo za tu osobu. Glavni problem sa kojim se susrijeće moderna forenzika jeste uzimanje samo jednog biometrijskog uzorka, koji često zna da bude lošeg kvaliteta i da pruži nepotpune i neprecizne podatke i identifikaciju. Stoga se smatra da je prilikom uzimanja podataka i njihove razmjene i pretrage u nacionalnim i EU bazama, uvijek korisnije i pouzdanije kombinovanje više prikupljenih vrsta podataka o licu (makar tri: DNK, otisak prsta i biometrija lica). Prilikom primjene biometrije u forenzičkim naukama otvara se niz pitanja vezanih za razmjenu i učešće biometrije u identifikaciji počinilaca krivičnih djela i rasvjetljenju istih. U tim pitanjima dva su temeljna: zaštita biometrijskih podataka i etičke dileme. Opšte je poznato da se prenos i razmjena biometrijskih podataka vrše elektronskim putem, a svakodnevno smo svjedoci

²⁹⁴Vision of the European Forensic Science Area 2030 (Vizija Evropskog forenzičkog prostora 2030), <https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2021/11/Vision-of-the-European-Forensic-Science-Area-2030.pdf>, pristup 04.X 2024.godine.

ranjivosti, kompromitacije, neovlašćenog korišćenja i zloupotrebe elektronskih podataka putem interneta, društvenih mreža i sl. Ovaj segment projekta radiće na razvoju kriptozastite biometrijskih podataka, koji je od važnosti za pouzdanost i sigurnost čuvanja i upotrebe ovih podataka. Drugi segment primjene biometrije u forenzičkim naukama je etičke prirode. Po nama, najvažniji aspekt rada forenzike je zaštita ljudskih prava i sloboda. Samo uzimanje, pothranjivanje i razmjena biometrijskih podataka može biti u suprotnosti sa pravima privatnosti, tačnije sa pravom za zaštitu podataka o ličnosti. Ovim projektom ENFSI će se baviti i primjenom etičkih načela i standarda kod biometrijskih metoda koje služe za identifikaciju i otkrivanje počinitelaca raznoraznih krivičnih djela.

2. Primjena vještačke inteligencije (AI, Artificial Intelligence) u forenzičkim naukama. Ovaj dio projekta baviće se nastojanjima da se simulira ljudsko kognitivno razmišljanje i donošenje odluka u forenzici. Nakon dugodeцениjskog rada u forenzičkim naukama mišljenja smo da bi primjena vještačke inteligencije u forenzici trebala da ide u pravcu smanjenja subjektiviteta ljudskog mišljenja i postupanja. Na ovaj način primjenom AI u forenzičkim naukama isključuju se etičke dileme koje bi svaki forenzičar imao kod teških krivičnih djela. Kvalitet više primjene vještačke inteligencije u forenzici je odsustvo bilo kakve ljudske greške ili njeno svodenje na minimum.
3. Novi instrumenti i procedure za istraživanje lica mjesta. Primjenom savremenih tehnika i tehnologija dolazimo do izmještanja forenzičkog procesa iz laboratorije na lice mjesta. Ovim projektom ENFSI će raditi na razvoju metoda koje će već na licu mjesta moći da vrše analize i daju odgovore na krucijalna pitanja koja se traže uviđajem: kako se desilo djelo, kretanje i ponašanje izvršioca i žrtve i na kraju identifikacija počinioca.
4. Utvrđivanju bioloških i hemijskih dokaza uz pomoć nove metode i analize „omics”. Ovdje se radi o identifikaciji velikih molekula kao što su proteini ili metaboliti pomoću kojih možemo dobiti informacije o ljudima, njihovim aktivnostima i okolini. ENFSI je ovim projektom obuhvatio sve segmente savremene tehnike i tehnologije koje mogu

pomoći u primarnom cilju, a to je rasvjetljavanje krivičnog djela i identifikacija njihovih počinilaca.

5. Primjena novih tehnologija i novih naučnih i tehničkih saznanja kao što su nano nauka i nano tehnologija u forenzici. Riječ je o tehnologijama istraživanja i aplikativnog razvoja i upotrebe struktura na nivou atoma, molekula i makromolekula veličine milijarditog dijela metra, od koje se očekuje da dovede do nove tehnološke revolucije i pomjeranja granica nauke i sveobuhvatne promjene u industriji, medicini, energetici, pa i u forenzici.

Drugi stub odnosi se na jačanje uticaja forenzičkih rezultata. U okviru ovog stuba predmetnog projekta koji se odnosi na jačanje, primjenu i značaj forenzičkih rezultata, tri su cjeline:

1. Pravilno tumačenje rezultata rada forenzičara. To se odnosi na razumijevanje rezultata ispitivanja gdje može doći do kontaminacije, promjene i/ili izmjene dokaznog materijala. Ključni aspekt razumijevanja rezultata forenzičkih analiziranja, ispitivanja i vještačenja je taj da se sudije, tužioci, advokati i ostale uključene profesije u kriminalističkim istragama podstiču na razumijevanje prenosa i postojanosti forenzičkih tragova.

2. Razmjena forenzičkih podataka između forenzičkih institucija ali i između država i različitih pravnih sistema, gdje je potrebno postići unificiranost u proceduri razmjene kako bi se uspostavili jedinstveni standardi. Projekat koji se obrađuje u ovom radu podrazumijeva da se prvo sagledaju sve razlike u metodama prikupljanja forenzičkih podataka i formiranje forenzičkih baza podataka. ENFSI će u budućnosti posebnu pažnju fokusirati na usklađivanju formata u forenzičkim bazama podataka i kreiraće i ponudiće odgovarajuće alate za razmjenu referentnih podataka.

3. Podizanje svijesti i nivoa znanja istražnih organa u oblasti nezakonitih migracija, trgovine ljudima i krijumčarenja. U ovom veoma važnom aspektu koji može dovesti do izmjene demografske i svake druge slike Evrope, kriju se izazovi koji mogu da ugroze ne samo nacionalnu bezbjednost pojedinih država nego i bezbjednosti cjelokupne Evrope.

Treći stub naslovljen je kao „Dokazivanje pouzdanosti forenzičkih rezultata” i sastoji se iz tri cjeline:

1. Razumijevanje stepena greške u subjektivnim analizama i prilikom prezentovanja rezultata neforenzičarima (sudijama, advokatima, tužiocima i ostalim korisnicima forenzičkih analiza). Ovim projektom ENFSI će podržati

izradu studija koje se odnose na to koliko su korišćene forenzičke metode pouzdane i robusne (ponovljive), a sve u cilju poboljšavanja forenzičke naučne prakse.

2. Razumijevanje načina kojima ljudski faktor utiče na odluke svih nivoa forenzičkog istražnog procesa, od lica mjesta krivičnog djela do glavnog pretresa na sudu. Od velike je važnosti smanjiti ljudski uticaj na rezultate forenzičkih ispitivanja. Na taj način možemo izbjeći eventualnu i moguću korupciju, pristasnost, afinitete ili animozitete forenzičara, tj. bilo koji negativni uticaj na forenzičke rezultate koji su u najvećem broju slučajeva presudni za kriminalističku istragu i pravosudni postupak i presuđivanje. ENFSI će ovim projektom realizovati i podržavati studije u ovom veoma širokom području.

3. Treći segment ovog stuba odnosi se na obezbjeđivanje kvaliteta i kompetencija forenzičkih rezultata koji moraju biti isti unificirani i standardizovani u cijeloj Evropi (države EU i ostale države čije su forenzičke laboratorije članice ENFSI). Standardizaciju i uniformnost forenzičkih analiza, ispitivanja i vještačenja u Evropi, ENFSI obezbjeđuje putem standarda kvaliteta ISO 17025. Pomenuti standard odnosi se na rad forenzičkih laboratorija. Forenzički rad na licu mjesta krivičnog djela se unificira posredstvom norme ISO 17020. Projektom EFSA 2030 ENFSI će sprovoditi projekte sa ciljem uvođenja pomenutog standarda u svim laboratorijama članica ENFSI.

IV Zaključak

Razvoj forenzike i forenzičkih nauka u Crnoj Gori i usklađenost pomenutih poslova sa pravnom legislativom Evropske unije, nije stvar nečije volje nego je to neophodna nužnost. Crna Gora je dio Evrope (i na najboljem je putu da postane 28. članica Evropske unije) i trudi se da u svim svojim institucijama uvodi i primjenjuje Evropske standarde. Tako i u slučaju forenzike i forenzičkih nauka koji predstavljaju veoma važan (ako ne i najvažniji) segment pravosuđa, radi na standardizaciji, uniformnosti i izjednačavanju poslova forenzika sa svima normama koje Evropska unija, posredstvom ENFSI udruženja sprovodi i kontroliše u državama članicama Unije i članicama ENFSI udruženja. Samo članstvo Forenzičkog centra Crne Gore u ENFSI, akreditacija po međunarodnom standardu ISO 17025, čiji se zahtjevni uslovi kontrolišu i obnavljaju svake godine, predstavlja garanciju da se forenzička analiziranja, ispitivanja i vještačenja u Crnoj Gori, obavljaju

po standardima Evropske unije i da nalazi dobijeni u Forenzičkom centru Crne Gore, mogu biti upotrijebljeni u slučajevima prekograničnog kriminala, korupcije i terorizma u svim državama Evrope. Nastavljajući u kontinuitetu prihvatanje savremenih forenzičkih postulata, Crna Gora se posredstvom svog Forenzičkog centra aktivno uključuje u rad projekta EFSA 2030, čiji je cilj uspostavljanje jedinstvenog forenzičkog prostora u državama Evrope. U vezi svega navedenog u ovom radu, možemo izvesti zaključak da je što se tiče forenzike i forenzičkih nauka, Crna Gora već u Evropskoj uniji!

Aleksandar B. IVANOVIĆ, PhD*

Nikola TERZIĆ, PhD*

QUALITY ASSURANCE OF FORENSIC EXPERTISE IN MONTENEGRO AND THEIR COMPATIBILITY WITH EUROPEAN STANDARDS

Summary

The role and place of forensic sciences in the judiciary, which represents the third pillar of the institutional framework of the European Union, is generally known. This paper will present the legal acts of the European Union that relate to the regulation of forensic work in the countries of the European Union, their uniformity, equality and applicability in all member states. Next, it will be presented at what level Montenegro is in terms of compliance of forensics with the legal acts of the European Union. The most significant representative of forensics in Montenegro is the Forensic Center of the Police Administration, as an institution that meets all the demanding standards of the European Union in this area. The institutional connection of the Forensic Center of Montenegro with the legal system of the European Union is achieved through ENFSI (European Network of Forensic Scientific Institutions). ENFSI is a professional association of forensic institutions of European countries, which is charged by the European Union with the development of forensics in member states and candidate states for admission to the European Union. The paper will also present the project of ENFSI, EFSA 2 (European Forensic Science Area), which plans to realize the set goals in the field of performing forensic work in Europe by 2030. By realizing the aforementioned goals, we strive for equalization, uniformity and standardization of forensic work in all European countries (members of the European Union and other countries whose forensic institutions are members of ENFSI).

Keywords: *forensic sciences, European network of forensic science laboratories, European forensic science area*

* Advisor in the Police Administration of Montenegro.

* Advisor in the Police Administration of Montenegro.

Literatura

A. Ivanović, *Kriminalističko hemijska vještačenja tragova vatrenog oružja*, MUP Crne Gore, Podgorica, 2002.

Akreditaciono tijelo Crne Gore, <https://www.akreditacija.me/>, pristup 04.X 2024.godine.

Council Framework Decision 2009/905/JHA of 30 November 2009 on the accreditation of forensic service providers performing laboratory activities (Official Journal of the European Union of 2009, L322/14) [hereinafter: the Framework Decision].

De Kinder, J., Pirée, H., „The future of the forensic science providers – time to re-think our structures?”, *Forensic Sci. Int.*, 2020, 316. Article 110471, [10.1016/j.forsciint.2020.110471](https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2020.110471)

Delgado, Y., Price, B., Speaker, P., Stoiloff, S., „Forensic intelligence: data analytics as the bridge between forensic science and investigation” *Forensic Sci. Int.: Synergy*, 3, 2021, Article 100162, [10.1016/j.fsisyn.2021.100162](https://doi.org/10.1016/j.fsisyn.2021.100162) pristup 3. X 2024.

Direct grants-„Monopoly programmes (direktni grant za monopolski program)”, <https://enfsi.eu/projects/monopoly-programmes-mp/>, pristup 02. X 2024.godine.

Dow, D., „The future of crime labs and forensic science”, *Houst. Law Rev.*, 57 (3), 2020, pp. 467-474 <https://houstonlawreview.org/article/12187-introduction-the-future-of-crime-labs-and-forensic-science>, pristup 3. X 2024.

Dzierżanowska, J., „Accreditation of Forensic Laboratories”, *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie*, vol. XVI, 2023, no. 2, 2023, pp. 41-53 <https://doi.org/10.32084/tkp.6355>

Eesti kohtuekspertiisi instituut, <https://www.ekei.ee/et>, pristup 04. X 2024.godine.

European Network of Forensic Science Institutes ENFSI Vision of the European forensic science area 2030 <https://enfsi.eu/wp->

[content/uploads/2021/11/Vision-of-the-European-Forensic-Science-Area-2030.pdf](#) , pristup 01.X 2024.godine

Finalised projects, <https://enfsi.eu/projects/finalised-projects/>, pristup 04.X 2024.godine.

Gamette, M., „Improving forensic science integration: a Director's perspective”, *Forensic Sci. Int.: Synergy*, 2 ,2020, pp. 183-186, [10.1016/j.fsisyn.2020.05.005](https://doi.org/10.1016/j.fsisyn.2020.05.005)

I. Milović, „Slučaj sudsko medicinskog veštačenja eshumacijom u Crnoj Gori u prvoj polovini 19 veka u Crnoj Gori”, *Srpski arhiv za celokupno lekarstvo*. 130 (2002) 1-2.

Ivanovic, Aleksander B., “Akredytacja jako jeden z czynników gwarantujących jakoć pracy laboratoriów kryminalistycznych.” *Problemy Kryminalistyki*, 2019, 304:15-23

Kovacs, G., Nogel, Monika, „The Accreditation of Forensic Laboratories as Component of Realizing the European Forensic Science 2020 Concept”, *European Police Science and Research Bulletin*, ISSUE 10 SUMMER, 2014.

McAndrew, W., Speakre, P., Houck, M., „Interpol Review of Forensic Management”, *Forensic Sciences International: Synergy*, Volume 6, 2023.100301.

Members, <https://enfsi.eu/about-enfsi/members/>, pristup 03.X 2024.godine.

Nogel, M., Kovacs, G., Czebe, A., Padar, Z., „A work in progress - accreditation of forensic DNA laboratories as a part of the „European Forensic Science Area 2020 (EFSA 2020)” concept”, *Forensic Science International: Genetic Supplement Series*, [Volume 7, Issue 1](#), December 2019, Pages 836-837.

R. Vukotić, Otvaranje skupa. Nauka u službi pravosuđa (ur. Dragana Čukić), Udruženje sudskih vještaka Crne Gore, Budva, 2001.

Rakočević, V., Ivanović, A., Maver, D, „Forenzična akreditacija v Evropskih država”, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 68(3), 2017, 298-307.

Ross, A., Neuteboom, W., „Implementation of quality management from a historical perspective: the forensic science odyssey” *Aust. J. Forensic Sci.*, 53 (3) ,2021, pp. 359-371, [10.1080/00450618.2019.1704058](https://doi.org/10.1080/00450618.2019.1704058)

Rybicki, Paweł ,“Nowe idee na polu standaryzacji – czy akredytacja laboratoriów kryminalistycznych powinna być obowiązkowa?” *Problemy Kryminalistyki*, 2009, 265:5-18.

Što se tiče forenzike, Crna Gora već u EU: Nauka rješava i najteže zločine, <https://www.cdm.me/hronika/sto-se-tice-forenzike-crna-gora-vec-u-eu-nauka-rjesava-i-najteze-zlocine/>, pristup 03.X 2024.godine.

Vision of the European Forensic Science Area 2030, <https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2021/11/Vision-of-the-European-Forensic-Science-Area-2030.pdf>, pristup 04.X 2024.godine.

Doc. dr Velibor KORAC*

ZAHTJEV DA SE UKLONI OPASNOST ŠTETE (TZV. EKOLOŠKA TUŽBA) U SUSRET GRAĐANSKOM ZAKONIKU CRNE GORE – DOMETI I OGRANIČENJA

Sažetak

U pravnom poretku Crne Gore koncept tzv. ekološke tužbe postoji od 1978. godine kada je usvojen bivši savezni Zakon o obligacionim odnosima, a identično rješenje je, bez posebne analize i rasprave, zadržano i nakon reforme obligacionog prava i donošenja ZOO Crne Gore iz 2008. godine. Činjenica da ova tužba nije zaživjela u sudskoj praksi nesumnjivo ukazuje na neadekvatno normativno regulisanje i podnormiranost ovog instituta. Priprema Građanskog zakonika CG koja je u toku prilika je da se iznova vrednuju i preispitaju postojeća rješenja o građanskoj zaštiti životne sredine. U dosadašnjim raspravama koje se vode povodom izrade Građanskog zakonika ne pominje se izmjena postojećih (a naslijeđenih) pravila kojima se reguliše tzv. ekološka tužba, a nema podataka da je Komisija za izradu građanske kodifikacije razmatrala promjenu postojećeg sistema građanskoj zaštiti životne sredine, imajući u vidu da u radnom materijalu predlaže rješenje koje postoji u važećem Zakonu o obligacionim odnosima. U ovom članku će se prikazati postojeća zakonodavna rješenja i ukazati na neke nedostatke na polju procesnog (stranačka sposobnost, tužbeni zahtjev, dejstva pravnosnažnosti presude) i materijalnog prava (materijalne pretpostavke, aktivna legitimacija, opasnost nastupanja znatnije štete). Ovi nedostaci u značajnoj mjeri utiču na ostvarivanje cilja građanskoj zaštiti životne sredine. Po mišljenju autora, postojeći koncept treba reformisati, jer nije efikasan, pravno koherentan i dovodi u pitanje ostvarivanje cilja kojem treba da služi.

Ključne riječi: *ekološka tužba, Građanski zakonik CG, životna sredina*

* Univerzitet Crne Gore, Pravni fakultet, email: velibork@ucg.ac.me

I Uvod

U pravnom poretku Crne Gore koncept tzv. ekološke tužbe postoji od 1978. godine kada je usvojen bivši savezni Zakon o obligacionim odnosima,²⁹⁵ a identično rješenje je, bez posebne analize i rasprave, zadržano i nakon reforme obligacionog prava i donošenja ZOO Crne Gore iz 2008. godine.²⁹⁶ Imajući u vidu da ova tužba nije zaživjela u sudskoj praksi, potrebno je nesumnjivo ukazati na neadekvatno normativno regulisanje i podnormiranost ovog instituta. Priprema Građanskog zakonika CG koja je u toku prilika je da se iznova vrednuju i preispitaju postojeća rješenja o građanskopravnoj zaštiti životne sredine. U dosadašnjim raspravama koje se vode povodom izrade Građanskog zakonika ne pominje se izmjena postojećih (a naslijeđenih) pravila kojima se reguliše tzv. ekološka tužba, a nema podataka da je Komisija za izradu građanske kodifikacije razmatrala mijenjanje postojećeg sistema građanskopravne zaštite životne sredine, imajući u vidu da u radnom materijalu predlaže rješenje koje postoji u važećem Zakonu o obligacionim odnosima. U ovom članku će se prikazati postojeća zakonodavna rješenja i ukazati na neke nedostatke na polju procesnog (stranačka sposobnost, tužbeni zahtjev, dejstva pravnosnažnosti presude) i materijalnog prava (materijalne pretpostavke, aktivna legitimacija, opasnost nastupanja znatnije štete). Ovi nedostaci u značajnoj mjeri utiču na ostvarivanje cilja preventivne građanskopravne zaštite životne sredine. Po mišljenju autora postojeći koncept treba reformisati jer nije efikasan, pravno koherentan i dovodi u pitanje ostvarivanje cilja kojem treba da služi.

Danas je zdrava životna sredina prepoznata kao vrijednost od vrhunskog značaja, preduslov kvalitetnog života i zdravlja ljudi. Štiti se životna sredina i pravo čovjeka da živi u zdravoj životnoj sredini. Treba napomenuti da je Crna Gora još 1991. usvojila Deklaraciju o ekološkoj državi Crnoj Gori, a nedugo zatim, 1992. godine, svojim Ustavom proglasila da je ekološka država. To je i prvi put da se jedna država na takav način proglasi ekološkom. Nakon obnavljanja nezavisnosti i novim Ustavom iz 2007. godine propisano je da je Crna Gora, *inter alia*, ekološka država.²⁹⁷ Imajući u vidu ovo ustavno

²⁹⁵ U vrijeme donošenja ZOO iz 1978. godine ovo rješenje je smatrano korisnim, jer je došlo do prekida sa tradicionalnim pravilom da se zaštita životne sredine svodi na susjedске odnose. Vidi Stevan Lilić, Marijana Drenovak-Ivanović, M. *Ekološko parvo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 69.

²⁹⁶ Član 150 Zakona o obligacionim odnosima.

²⁹⁷ Vidi čl. 1, st. 1 Ustava CG.

određenje, a takođe i činjenicu da je Crna Gora kandidat za članstvo u EU koja ima vrlo razvijenu regulativnu i politiku zaštite životne sredine usmjerenu na poboljšanje kvaliteta životne sredine i zdravlja ljudi, efikasna i djelotvorna zaštita životne sredine treba da bude sastavni dio i da zauzme značajno mjesto u politici naše države. Tome svjedoče i nastojanja da se ostvari mjerljiv napredak u oblasti zaštite životne sredine u okviru pregovaračkog poglavlja 27. Međutim, norme građanskog prava ne regulišu posebno oblast zaštite prava na zdravu životnu sredinu, a usklađivanje sa pravnom tekovinom EU je prilika da se reformišu odredbe o građanskopravnoj zaštiti životne sredine.

Cilj ovog rada je analiza i preispitivanje postojećeg zakonodavnog rješenja o tužbi za zaštitu životne sredine propisanog ZOO, i njegovu praktičnu primjenu. U pogledu građanskopravne zaštite životne sredine, Crna Gora ima određene specifičnosti u odnosu na komparativne evropske sisteme. Nakon analize važećih zakonskih odredaba biće dati i određeni predlozi za izmjenu zakonodavnih rješenja *de lege ferenda*. Posebno imajući u vidu da su ostali oblici zaštite životne sredine (upravni, krivični, prekršajni) u većoj mjeri usklađeni sa EU regulativnom. A pored toga, građanskopravnu zaštitu nije moguće potpuno razdvojiti od javnopravne zaštite životne sredine, jer su im ciljevi isti.²⁹⁸

O zaštiti životne sredine je pisano relativno puno. Ova tema je obrađivanja u okviru opštih djela ekološkog prava i posebnih radova posvećenih zaštiti životne sredine, uključujući i građanskopravnu zaštitu. Pitanje preventivne zaštite životne sredine do sada nije obrađivano u Crnoj Gori, pa ćemo za razmatranje ove teme koristiti iskustvo drugih zemalja, prvenstveno Hrvatske i Srbije jer tradicionalno služe kao komparativni uzor za pravnu teoriju, praksu i zakonodavstvo u Crnoj Gori, naročito u oblasti obligacionog prava. Pri tome ćemo se ograničiti samo na analizu instituta građanskopravne zaštite koji je propisan Zakonom o obligacionim odnosima, ali ne i ostale mehanizme preventivne i represivne građanskopravne zaštite koji su propisani Zakonom o svojinsko-pravnim odnosima i ZOO (tužba za naknadu prouzrokovane ekološke štete, tužba zbog imisija i tužba zbog smetanja posjeda).

²⁹⁸ Jožef Salma, „Obligacionopravna zaštita životne sredine - tužba radi otklanjanja izvora opasnosti za nastanak ekološke štete i tužba radi naknade ekološke štete“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2009, 43.

II Tužba za otklanjanje izvora opasnosti od štete

Zakon o obligacionom odnosima iz 2008, prihvatajući identično rješenje iz bivšeg saveznog ZOO 1978, je zadržao normu prema kojoj svako može da zahtijeva od drugoga da ukloni izvor opasnosti od koga prijeti znatnija šteta, kao i da se uzdrži od djelatnosti od koje proizilazi opasnost štete. Sud će narediti da se preduzmu odgovarajuće mjere za sprječavanje nastanka štete ili uznemiravanja, ili da se ukloni izvor opasnosti.²⁹⁹ Ovo pravilo se nalazi u ZOO u dijelu opštih načela u okviru odjeljka o prouzrokovanju štete i po svemu sudeći predstavlja vid konkretizacije principa zabrane prouzrokovanja štete po kome je svako dužan da se uzdrži od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta.³⁰⁰ Iz pomenutog zakonskog određenja proizlazi da je ova tužba: 1) preventivna, 2) popularna 3) ekološka, i 4) može sadržati dva kondemnatrona zahtjeva (negativni zahtjev za uklanjanje izvora opasnosti i negativni zahtjev za uzdržavanje od djelatnosti).

A. Preventivni karakter tužbe za otklanjanje opasnosti od štete

Pravilo je da ovaj vid obligacionopravne zaštite životne sredine teži otklanjanju izvora opasnosti od ekoloških šteta, pa je po prirodi preventivan. Preventivni karakter se ogleda u činjenici da se zaštita traži prije nego što šteta nastane, ali postoji za naknadu nastale ekološke štete.³⁰¹ Dakle, ekološki rizik je nastupio i došlo je do prouzrokovanja štete na imovini ili zdravlju pojedinca.³⁰² Kod ovog zahtjeva treba imati u vidu da se nadoknada može tražiti samo u mjeri koja prelazi normalne granice i to u slučaju obavljanja opštekorisne djelatnosti za koju je dobijena dozvola nadležnog organa.³⁰³

Nastupanje ekološke štete, kao kriterijum razlikovanja ove dvije tužbe, je uslovio i razlikovanje po drugim elementima o kojima će biti više riječi u nastavku.³⁰⁴

²⁹⁹ Vidi čl. 150 st. 1 i 2 ZOO.

³⁰⁰ Član 9 ZOO.

³⁰¹ Salma, J, 2009, 36.

³⁰² Salma, M, 2014, 134.

³⁰³ Vidi čl. 150, st. 3 ZOO.

³⁰⁴ Aleksandra, Maganić, Senka Orlić Zaninović, *AARHUŠKA KONVENCIJA - Priručnik za polaznike/ice*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2018, 26

B. Actio popularis?

Tužba za otklanjanje opasnosti od štete je normirana (iako ne baš jasno) na takav način da ima i pojavni oblik „narodne“ (popularne) tužbe – *actio popularis*. Naime, tužba se može podnijeti ne samo kada šteta prijeti tužiocu nego i neodređenom broju lica. Ove vrste tužbi, koje svoje porijeklo vode iz rimskog prava,³⁰⁵ se koriste prvenstveno kao mehanizmi zaštite životne sredine.³⁰⁶ Širenje kruga lica koji tužbu mogu podnijeti je posljedica činjenice da je životna sredina zajednička vrijednost, pa je njena zaštita u interesu svih građana. Koncipiranje uslova na način da je moguće podići tužbu ako prijeti šteta i neodređenom broju lica govori u prilog shvatanju da se radi i o popularnoj tužbi. Izgleda da se tužba može podnijeti i kada ne postoji pravnozaštitna potreba na strani tužioca. Dakle, tužbu može podnijeti svako (pa i ono lice kojem ne prijeti opasnost od štete) i u interesu neodređenog broja lica kojima prijeti šteta.

C. Ekološka tužba?

Zašto se ova tužba naziva „ekološkom“ ili „imisionom“ kada to zakon ne pominje? Ovakvo zakonsko određene je u *ex* jugoslovenskoj literaturi označavano kao „ekološko“³⁰⁷ i smatrano operacionalizacijom ustavnih pravila o zdravoj životnoj sredini i ostvarivanjem obaveze države da se stara o zdravoj životnoj sredini, odnosno građanskopravna razrada ustavnog prava na zdravu životnu sredinu.³⁰⁸ Ako je priznata zaštita kolektivnog interesa, a jeste, onda se radi o ekološkom kao jedinom priznatom.³⁰⁹ U literaturi oko toga nema spora, jer svi kažu da je njen cilj da se spriječi nastanak štete koja pogađa životnu sredinu.³¹⁰ Dakle, pojam „ekološke tužbe“ nije zakonski, već

³⁰⁵ Naziv potiče iz rimskog prava i odnosio se na tužbe koje je mogao da podigne bilo ko iz naroda (*quives ex populo*). O *actio popularis* kojim se štitio javni interes u rimskom pravu vidi Jelena Danilović, *Popularne tužbe od rimskog do savremenih prava*, Institut za pravnu istoriju na Pravnom fakultetu, Beograd, 1968, 22-28.

³⁰⁶ Stojan Cigoj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Blagojević Slobodan, Krulj Vrleta), Beograd, 1980, 435; Antić Oliver, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2007, 492–493.

³⁰⁷ Vidi Cigoj, S, 1980, 435; Pop-Georgijev, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (red. Perović Slobodan, Stojanović Dragoljub), Gornji Milanovac, Kragujevac, 1980, 492.

³⁰⁸ Branko Morait, *Građansko-pravne tužbe i ekološka (imisiona) zaštita*, Pravna misao, 3-4/1987, 96.

³⁰⁹ Vesna Rakić-Vodinelić, „Ekološka tužba: član 156. Zakona o obligacionim odnosima“, *Pravni život*, 4/5, 1989, 871, 872.

³¹⁰ Vidi Rakić-Vodinelić, V, 1989, 872; Salma, M, 2014, 134; Dinka Šago, „Ekološka tužba kao instrument građanskopravne zaštite okoliša“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 4/2013, 901.

ga je stvorila pravna teorija. Isto važi i za „ekološke parnice“, gdje je sam termin sporan, imajući u vidu šta sve on obuhvata.³¹¹ Pojam „ekološka tužba“ se češće koristi od pravno adekvatnijeg „tužba za zaštitu životne sredine“ možda zbog toga što je kraći, omogućava pridjevsku upotrebu i kod prosječnog čovjeka ekologija je isto što i životna sredina.³¹²

III Diskusija

Tužba kojom, pored oštećenog, bilo ko od tuženog može tražiti da preduzme mjere kako bi spriječio nastanak štete koja prijeti neodređenom broju lica u Crnoj Gori postoji od 1978. godine. Ovaj preventivni mehanizam zaštite koji je, načelno, koncipiran kao ekološka tužba nikada u sudskoj praksi nije korišćen kao „popularni mehanizam“, već isključivo kao instrument individualne zaštite. Gotovo identično stanje je i u Srbiji.³¹³ Kao razlozi za nedjelotvornost ove tužbe se navode nedovoljna razvijenost ovog instituta procesnog prava, odnosno njegova konceptijska neuklopljenost u postojeći sistem procesnog prava,³¹⁴ neinformisanost javnosti o postojanju ove tužbe kao popularne,³¹⁵ kao i određene manjkavosti postojećeg zakonodavnog uređenja. Pokušaćemo da neke dileme i nedostatke sistematizujemo u dvije grupe. Prvu grupu čine dileme materijalnopravne prirode, a drugu grupu one koje su procesnopravne prirode.

A. Dileme materijalnopravne prirode

a) Subjektivna ili objektivna odgovornosti?

Postavlja se pitanje da li će sud usvojiti tužbeni zahtjev samo ako je tuženi skrivio opasnost od štete ili će to biti i slučaj kad bi šteta mogla nastupiti bez obzira na njegovu krivicu. Dakle, postavlja se pitanja da li je (osnov) odgovornost tuženog objektivna ili subjektivna? Razlozi za dilemu

³¹¹ „Ekološke parnice“ bi bile one u kojima se rješavaju sporovi povodom prouzrokovanja štete u elementima životne sredine, štete po životnu sredinu koje su posljedica različitih faktora, štete koje su posljedica tehničkih i tehnoloških aktivnosti, štete po zdravlje i bezbjednost ljudi koje su posljedica dejstva navedenih faktora, štete od posljedica navedenih faktora na imovini i sl. Vidi Marijana Drenovak-Ivanović, Sreten Đorđević, Siniša Važić, *Pravni instrumenti ekološke zaštite – građanskopravna i krivičnopravna zaštita*, OEBS, Beograd, 2015, 68.

³¹² Rakić-Vodinić, V, 1989, 865, 866, fn. 1.

³¹³ Aleksa Radonjić, Ivana Stjelja, *Ekološka tužba – pravo svih nas da zaštitimo životnu sredinu*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2018, 15.

³¹⁴ Branka Babović, „Zahtev da se ukloni opasnost od štete – procesni aspekti“, *Pravo i privreda*, 4-6/2015, 166, 167.

³¹⁵ Radonjić, A, Stjelja, I, 2018, 15.

su, nekada, odluke sudova, a nekada sistematika norme iz člana 150 ZOO koja se ne nalazi ni u odsjeku o naknadi štete po osnovu krivice, ni u onom o objektivnoj odgovornosti, niti pripada posebnim slučajevima odgovornosti.³¹⁶ Međutim, i starija³¹⁷ i relativno novija literatura³¹⁸ govori u prilog objektivne odgovornosti. To se argumentuje time što je u istom članu (i tada i sada) propisana odgovornost tuženog za štetu koja nastupi čak i ako je vršio dozvoljenu djelatnost, što ukazuje na objektivnu odgovornost za štetu, pa ako je to osnov odgovornosti za štetu biće i za opasnost od štete. Najčešće se kod izvora opasnosti od štete širih razmjera radi o opasnoj stvari ili djelatnosti. Takođe, zaštitu životne sredine više odgovara objektivna odgovornost, jer se njome, za razliku od odgovornosti po osnovu krivice, proširuje broj slučajeva u kojima se može izdejstvovati uklanjanje izvora opasnosti od štete.³¹⁹

b) Konkretna opasnost od nastanka štete?

Opasnost od nastanka štete treba da bude konkretna, a to znači? To znači da se nastupanje štete ne može isključiti prema uobičajenom toku stvari, uzimajući u obzir svojstva izvora opasnosti i predmet ugrožavanja.³²⁰ Tačnije, opasnost od štete mora biti konkretna i izvjesna, a ne uslovljena nekim neizvjesnim događajem.³²¹ Izvjesno je ako je rizik za nastupanje štete na putu realizacije³²² i ako se sa „visokim stepenom verovatnoće može pretpostaviti njeno nastupanje ako izostanu preventivne mere“.³²³

c) Znatnija šteta?

Jedan od uslova za usvajanje zahtjeva da se ukloni opasnost od ekološke štete je da je u pitanju šteta koja je znatnija. Pravo na zaštitu je priznato samo ako prijeti šteta koja je, ne znatna, nego znatnija! Pojam znatnije štete je pravni standard. Da bi tužilac uspio u sporu mora dokazati da je šteta koja prijeti znatnija. Postavlja se pitanje da li je svaka šteta koja prijeti životnoj sredini znatnija? Postoje stavovi da je svaka opasnost ugrožavanja čovjeka i

³¹⁶ Rakić-Vodinelić, V, 1989, 878.

³¹⁷ Cigoj, S, 1980, 439; Rakić-Vodinelić, V., 1989, 878, Branko Morait, „Normativni značaj i praktična primjena zahtjeva da se ukloni opasnost štete“, *Pravni život*, 8-9/1986, 832.

³¹⁸ Salma, J, 2009, 42. Salma, M, 2014, 135.

³¹⁹ Uporedi Radonjić, A., Stjelja, I, 19.

³²⁰ Rakić-Vodinelić, V, 1989, 876.

³²¹ Šago, D, 2013 , 904.

³²² Vidi Salma, J, 2009, 42; Uporedi Salma, M, 2014, 135.

³²³ M. Salma, 2014, 135.

njegove okoline, predstavlja mogućnost nastupanja znatnije štete, jer su primarni objekti zaštite upravo zdravlje čovjeka koji su nezamjenjivi i nenadoknadivi.³²⁴ Ako se uvede pretpostavka da je svaka šteta na životnoj sredini znatnija, teret dokazivanja da se ne radi o takvoj šteti prebacuje se na tuženog.³²⁵ U svakom slučaju, šteta koja prijeti treba da je znatnija za lica i/ili imovinu koja je ugrožena. Sud će prilikom donošenja odluke, u svakom konkretnom slučaju, polaziti od vrste i opsega ličnih prava, odnosno od vrste i vrijednosti imovine kojoj prijeti šteta, broja lica kojima prijeti šteta, veličine i prirode područja kojem prijeti šteta i sl.³²⁶ S obzirom na to da se radi o neodređenom pravnom pojmu, pomoć u njegovoj konkretizaciji mogu pružiti i određeni kriterijumi. Tako neki autori ističu opšti kriterijum koji se ogleda u činjenici da je štetna djelatnost ona koja je štetna za zdravlje ljudi (pa je znatnija šteta ona koja je prouzrokovala smrt, narušila zdravlje ili smanjila sposobnost za rad) ili ona kojom se narušava ravnoteža u prirodi (znatnija je šteta ako je uzrokovala zagađenje životne sredine u smislu posebnog zakona).³²⁷ Pored toga kao kriterijumi se uzimaju i susjedski odnosi, područje na kojem postoji rizik od nastupanja štete, postojanje pravila koja precizno određuju granice dozvoljenosti uticaja na elemente životne sredine i ugroženost samih dobara.³²⁸

d) Šteta koja prijeti neodređenom broju lica?

Neće svaka šteta koja prijeti životnoj sredini, prijetiti neodređenom broju lica. U tom pravcu se ističe da je potrebno ustanoviti neoborivu pretpostavku da šteta koja prijeti životnoj sredini jeste šteta koja prijeti neodređenom broju lica. Ovo iz razloga jer bi moglo doći do toga da opasnost (od štete koja prijeti životnoj sredini) ne bude „uklonjena ako tuženi uspije da dokaže da njegove aktivnosti neće dovesti do umanjenja bilo čije imovine ili da neće spriječiti njeno uvećanje“.³²⁹

³²⁴ Rakić-Vodinelić, V., 1989., 876.

³²⁵ *Ibid.*; Vidi i Radonjić, A, Stjelja, I, 2018., 18.

³²⁶ Tatjana Josipović, „Građanskopravna zaštita od štetnih imisija“, *Građanskopravna zaštita okoliša* (ur. Jakša Barbić), Zagreb, 2017., 69.

³²⁷ Mladen Brkić, „Pojam znatnije štete u preventivnoj zaštiti životne sredine“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 3/ 2019, 302.

³²⁸ *Ibid.*, 303-307.

³²⁹ Radonjić, A, Stjelja, I, 2018., 18.

B. Dileme procesnopravne prirode

Postojeće zakonodavno rješenje preventivne tužbe za otklanjanje izvora opasnosti od štete se ne uklapa u sistem procesnog prava, pa samim tim utiče i na njenu djelotvornost.³³⁰ Zanemarivanje procesnopravnih instituta prilikom normiranja „ekološke“ tužbe i kritički osvrt na ovo rješenje je dat još 1989. godine od strane Vesne Rakić-Vodinelić.³³¹ Njen rad obavljen u tematskom broju *Pravnog života* predstavlja do danas najbolji kritički osvrt na procesnopravnu operacionalizaciju instituta „ekološke“ tužbe. Pokušaćemo da sistematizujemo određene dileme procesnopravne prirode koje utiču ili mogu uticati na djelotvornost „ekološke tužbe“.

a) Aktivna i pasivna (procesna) legitimacija

Zakon propisuje da „svako može da zahtijeva od drugoga da ukloni izvor opasnosti od koga prijeti znatnija šteta njemu ili neodređenom broju lica...“, dakle svako može da podnese tužbu ako prijeti šteta njemu ili neodređenom broju lica. Međutim, ključno je pitanje da li može, u ime neodređenog broja lica, tužiti samo onaj ko je izložen štetnim uticajima i ugrožavanju ili to može učiniti i onaj ko nije izložen štetnim uticajima i ko za sebe ne tvrdi da je izložen štetnim uticajima.³³² Ovdje se radi o pitanju procesne legitimacije.³³³ Ako se ima u vidu da je procesna legitimacija pravo jednog lica da u sopstveno ime vodi konkretnu parnicu, procesno je legitimisan tužilac koji tvrdi da je i sam izložen štetnim uticajima, bez obzira da li je to zaista tako. Stvarna legitimacija pripada tužiocu koji je zaista izložen štetnim uticajima. Izgleda da pravo na podnošenje ove tužbe pripada ne samo onima koji su izloženi ugrožavanju, već svima.³³⁴ Zahtjev da se ukloni opasnost od štete je koncipiran kao „narodna“ tužba, a to znači da nju može podnijeti i lice koje nema pravnog interesa.³³⁵ Dakle, procesno su aktivno legitimisani svi. Ovo se odnosi i na pasivnu legitimaciju jer to može biti svako fizičko ili pravno lice, lice koje obavlja djelatnost od koje potiče uznemiravanje ili opasnost štete,

³³⁰ Babović B., 2015., 154 i d.

³³¹ Vesna Rakić-Vodinelić, „Ekološka tužba: član 156. Zakona o obligacionim odnosima“, *Pravni život*, 4-5/1989, 865-884.

³³² Rakić-Vodinelić, V., 1989., 873.

³³³ Ova legitimacija se od stvarne legitimacije razlikuje po tome što je procesna pretpostavka za dopuštenost tužbe.

³³⁴ *Ibid.*; Vidi J. Salma, 2009, 42; Postoje i shvatanja da se pravo na podnošenje ove tužbe priznaje samo licu koje je i samo izloženo ugrožavanju. Cigoj, 1980., 411.

³³⁵ „Svako može da zahtijeva...“ vidi čl. 150/1 ZOO.

držalac izvora opasnosti (gdje se pojam držalac tumači široko) ili lice koje obavlja opštekorisnu djelatnost za koju postoji odobrenje nadležnog organa.³³⁶

Da li to znači da u ovom slučaju tužilac nema pravni interes za tužbu? U našem pravu stranka za tužbu treba da ima pravni interes.³³⁷ Međutim, ZPP je jedino kod deklarativne tužbe izričito propisao pravni interes za njeno podnošenje i predvidio dvije situacije kada se ona može podići: 1) kada je to posebnim propisima predviđeno (npr., zakon daje ovlašćenje nekom licu da podigne ovu tužbu ili daje ovlašćenje sudu da uputi stranke iz ostavinkog postupka u parnicu) i 2) kada tužilac ima pravni interes da sud utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa prije dospelosti zahtjeva za činidbu iz istog odnosa (npr., utvrđivanje budućih potraživanja naknade štete iz saobraćajnog udesa koji je već nastao).³³⁸ Na postojanje pravnog interesa kao procesne pretpostavke za podnošenje deklarativne tužbe sud pazi *ex officio* sve do zaključenja glavne rasprave. Ako tužilac ne dokaže postojanje pravnog interesa, odnosno opravdanu potrebu da se otkloni neizvjesnost ili nesigurnost u pogledu budućeg ostvarivanja nekih prava, sud će tužbu odbaciti. Pravni interes za podnošenje ove tužbe postoji uvijek kada je svrha spora da se donese presuda koja će tužiocu obezbijediti zaštitu prava koja su mu ugrožena,³³⁹ odnosno omogućiti da neka svoja prava ostvari.³⁴⁰

Ova tužba je jedina koju bi moglo da podnese lice koje za to nema pravnog interesa, što nameće pitanje da li cilj propisivanja ovog izuzetka – ostvarivanje kolektivne zaštite – može da se ostvari na drugačiji način.³⁴¹ Možda bi kod ove tužbe, kao i kod bilo koje kondemnatorne, pravni interes trebalo pretpostaviti. On je inkorporiran u samoj činjenici da se ovom tužbom štiti pravo svakoga na zdravu životnu sredinu, a građani su imaoci dužnosti zaštite životne sredine, pa stoga imaju i javnopravno ovlašćenje za podnošenje ove tužbe.

³³⁶ Maganić Aleksandra, „Procesnopravni aspekti građanskopravne zaštite okoliša“, *Građanskopravna zaštita okoliša* (ur. Jakša Barbić), Zagreb, 2017, 37.

³³⁷ Član 3 ZPP.

³³⁸ Član 188/2 ZPP.

³³⁹ Rješenje Vrhovnog suda CG, Rev.br. 318/21 od 5.11.2021, Bilten Vrhovnog suda 2021, 53.

³⁴⁰ Rješenje Vrhovnog suda CG, Rev.br. 267/18 od 10.11.2018, Bilten Vrhovnog suda 2/2018, 228.

³⁴¹ Vidi Babović, B, 2015., 157.

Procesnu legitimaciju ne treba svesti na pitanje pravnog interesa, jer iako mogu biti međusobno uslovljeni, ovi instituti se razlikuju. Moguće je da lice ima procesnu legitimaciju da vodi određeni postupak, a da za to nema interesa jer vođenje postupka uopšte nije potrebno (lice tuži da bu dobilo kondemnatornu izvršnu presudu iako već ima notarski izvršni zapis na osnovu koje može tražiti izvršenje), ili je izabralo zaštitu koja nije adekvatnija (neko traži deklaratornu iako može da traži kondemnatornu zaštitu).³⁴²

b. Tužbeni zahtjev

Ekološka tužba ima za cilj presudu kojom se nalaže imitentu da preduzme mjere radi otklanjanja izvora opasnosti od štete. Tužbeni zahtjev ove tužbe je kondemnatoran, traži se osuda na činidbu, pozitivnu ili negativnu. Deklarativni zahtjevi da se utvrdi (ne)postojanje izvora opasnosti ili uznemiravajuća djelatnost nijesu dopušteni.³⁴³ Tužbeni zahtjev treba da bude određen u subjektivnom i objektivnom smislu. Prije zahtjeva za uklanjanjem ili prestankom djelatnosti tužilac mora pokušati da spriječi opasnost odgovarajućim mjerama i na tužiocu je da sam procijeni koja vrsta tih mjera je djelotvorna.³⁴⁴ To znači, između ostalog, da se one moraju precizirati kako bi u konačnom sprovođenje izvršenja bilo moguće. Međutim, tu se potencijalni tužioci susreću sa ograničenjima jer moraju poznavati brojne činjenice kako bi se tražilo preduzimanje tačno određenih mjera, a to može jedino nakon što od vještaka određene struke dobije nalaz i mišljenje.³⁴⁵ To nesumnjivo zahtijeva određene troškove.

c. Subjektivne granice (materijalne) pravnosnažnosti presude po ekološkoj tužbi

Postavlja se pitanje ako tužilac uspije u sporu i sud tuženog obaveže da, na primjer, preduzme adekvatne mjere radi uklanjanja izvora opasnosti, ko

³⁴² O argumentima vidi Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u postupku*, IV. Knjiga, Narodne Novine, Zagreb, 2008., 73, 74

³⁴³ Vesna Rakić-Vodinić, „Građanskopravna zaštita životne sredine“, Međunarodni naučni skup PRAVNA ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE (ur. Zoran Rašović), Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Podgorica, 2024., 97.

³⁴⁴ U tom smislu Balša Kaščelan, „Actio popularis kroz prizmu člana 150 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore“, *Međunarodni naučni skup PRAVNA ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE* (ur. Zoran Rašović), Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Podgorica, 2024., 209.

³⁴⁵ Šago, 2013., 905.

sve može tražiti izvršenje presude, ko je izvršni povjerilac? Da li samo tužilac ili to mogu svi koji spadaju u krug lica kojima je prijetila šteta?³⁴⁶ Na osnovu argumenta *a fortiori*, ako svako može da tuži za zaštitu od ekološke štete, onda bi svako (radi čije zaštite je usvojen zahtjev) morao imati ovlašćenje da traži izvršenje. Ako neko može više – da traži zaštitu prava koje je neizvjesno – onda mu treba dopustiti i manje – da traži realizaciju tog, sada izvjesnog prava.³⁴⁷ Međutim, iako presuda kojom se, na primjer, usvaja tužbeni zahtjev za uklanjanje izvora opasnosti nije donesena samo u interesu tužioca koji je postupak pokrenuo, već i u interesu drugih lica kojima je prijetila znatnija šteta, oni neće moći podnijeti predlog za izvršenje. Sva druga lica nisu označeni kao tužioci i ne mogu biti označeni kao izvršni povjerioci, iako njihov pravni interes za prinudno ostvarivanje potraživanja postoji.³⁴⁸ Donošenje rješenja o izvršenju koje nije u skladu sa izvršnom ispravom (presudom kojom se usvaja tužbeni zahtjev) može da dovede do povrede načela formalnog legaliteta. Odredbe Zakona o izvršenju i obezbjeđenju koje normiraju određivanje i sprovođenje izvršenja na predlog i u korist lica koje u izvršnoj ispravi nije označeno kao izvršni povjerilac, ovdje se ne mogu primijeniti. Naime, ZIO govori o prenosu potraživanja ili obaveze koje se dokazuje ovjerenom ispravom ili pravnosnažnom presudom, što u konkretnom nije slučaj. Pojam stranke u izvršnom postupku je dominantno materijalnopravni. Međutim, možda prenos potraživanja nije nužan jer njegovo ostvarivanje je korisno za sve koji su pogođeni zagađenjem i sprovodi se u interesu svih.³⁴⁹

Kada je odbijen zahtjev, postavlja se pitanja koga obavezuje takva presuda? Da li sada neko drugi od neodređenog kruga lica da tuži istog tuženog na osnovu istih činjenice sa istim tužbenim zahtjevom? Ovdje se radi o pitanju subjektivnih granica materijalne pravnosnažnosti presude. Naime, formalno pravnosnažna presuda ima dejstvo materijalne pravnosnažnosti, pozitivno i negativno. Ova dejstva su ograničena vremenski, prostorno i subjektivno. Sada se postavlja pitanje subjektivnih granice presude po ekološkoj tužbi, tačnije koja lica su obuhvaćena materijalnom pravnosnažnošću presude. ZPP propisuje da pravosnažna presuda ima pravno

³⁴⁶ Rakić-Vodinelić, V, 1989., 881.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Maganić, A, 2017., 42.

³⁴⁹ *Ibid.*, 42-43.

dejstvo samo među strankama (*inter partes*).³⁵⁰ Ovo pravilo je posljedica načela kontradiktornosti i u skladu je sa pravom na pravično suđenje, jer presuda treba da djeluje samo prema onima kojima je omogućeno da učestvuju i raspravljaju u postupku donošenja presude.³⁵¹ Od ovog pravila postoje izuzeci, kad zbog prirode spornog odnosa³⁵² ili po odredbi zakona presuda djeluje prema trećim licima (čl. 353/1 ZPP). Smatra se da bi u slučaju odbijanja tužbenog zahtjeva iz tzv. ekološke tužbe trebalo primijeniti tzv. proširenu pravnosnažnost. To znači da presuda djeluje ne samo na stranke nego i na sva ugrožena neodređena lica, pa niko od njih ne bi mogao da ponovo tuži istog tuženog. Presuda treba da djeluje na sve one koji nisu tužili, a da jesu bili bi jedinstveni suparničari zbog prirode stvari – proširuje se pravnosnažnost i na potencijalne jedinstvene suparničare.³⁵³ Međutim, ovakvo rješenje, kako pravilno konstatuje Rakić-Vodinelić, je suprotno individualističkoj koncepciji jedinstvenog suparničarstva i strogo je prema onima koji nisu tužili (pripadnicima neodređenog broja lica kojima šteta prijeti), jer je tužilac mogao tužbu podići mimo njihovog znanja (ili protivno njihovoj volji) ili loše voditi spor, pa je nepravедno da ostali snose štetne posljedice pogrešne odluke tužioca.³⁵⁴ Prema tome, potrebno je zakonodavnom intervencijom uvesti pravilo o ublaženoj vezanosti svih. Ova „ublažena vezanost“ bi značila da bi bilo moguće da neki novi tužilac tuži istog tuženog sa istim zahtjevom, pod uslovom da učini vjerovatnim da je prvi tužilac loše vodio spor.³⁵⁵ Pored ove konstrukcije koja je slična otklanjanju intervencijskog dejstva presude,³⁵⁶ predlaže se i konstrukcija da svaki novi

³⁵⁰ Čl. 353/1 ZPP.

³⁵¹ Velibor Korać, *Civil Procedure – Montenegro*, Kluwer Law International B.V., Alphen aan den Rijn, 2023., 133.

³⁵² Gdje bi spadale preobražajne presude i presude o statusnim stvarima, kao proširenje pravnosnažnosti na univerzalne i singularne sukcesore stranaka.

³⁵³ Rakić- Vodinelić, V. 1989., 883.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ Presuda koja je donijeta u parnici u kojoj je učestvovao umješac proizvodi prema njemu tzv. intervencijsko dejstvo. Ako stranka, kojoj se umješac pridružio, izgubi parnicu i kasnije tuži umješaca, presuda iz ranije parnice proizvodi određena procesna dejstva. Naime, umješac (kasnije tuženi) ne može u novoj parnici osporavati činjenice i pravno shvatanje suda u ranijoj parnici. Takođe ni sud u kasnijoj parnici po tužbi stranke protiv umješaca ne može presuditi protivno ranije donesenoj odluci (Art. 207a LCP). Ovo intervencijsko dejstvo presude je relativno i može da se otkloni isticanjem prigovora nesavjesnog vođenja spora (*exceptio male gesti processus*). Stranka koja je u prethodnoj parnici bila umješac, ima pravo da istakne prigovor da je stranka iz prethodne parnice, uz koju je učestvovala kao umješac,

tužilac ima pravo da podnese tužbu, ali ako tuženi dokaže da je prvi tužilac dobro vodio spor, tužba se odbacuje.³⁵⁷ I zaista, zbog značaja zaštite životne sredine, treba omogućiti i drugim licima koja nisu učestvovala u parnici da pokrenu postupak protiv istog tuženog ako učine vjerovatnim da je prethodni tužilac nedovoljno pažljivo vodio spor, a na tuženom je teret dokazivanja suprotnog.³⁵⁸

d. O potrebi da se uredi poseban parnični postupak

Pravo na zdravu životnu sredinu je ljudsko pravo i djelotvorno ostvarivanje ovog prava traži uspostavljanje nekih posebnih procesnih pravila koja odstupaju od opšte parnične procedure. Tako, priroda ovih sporova bi trebalo da uslovi neku vrstu odstupanja od raspravnog načela, odnosno sudu treba dati određena ovlašćenja, kako bi aktivnije učestvovao u postupku. Isto tako, predlaže se da treba propisati da se ekološke tužbe objavljuju u sredstvima javnog informisanja sa pozivom svim zainteresovanim licima da se pridruže tužiocu, čime bi se povećao izgled za uspjeh u parnici, smanjio broj onih koji bi u slučaju odbijajuće presude mogli da pokrenu postupak protiv tuženog, te bi se povećala izvjesnost njegovog položaja.³⁵⁹ Takođe, ističe se potreba dopune pravila o reviziji. Revizija sistema pravnih lijekova na način da mogućnost izjavljivanja revizije ne zavisi od vrijednosti predmeta spora kada se radi o popularnim tužbama. Pored toga, ima puno opravdanje i predlog da bi trebalo dozvoliti i činjeničnu kontrolu u postupku po reviziji.³⁶⁰

IV Zaključak

Pred crnogorskim sudovima vođen je gotovo zanemarljiv broj ekoloških parnica u kojima se raspravljalo o zahtjevu da se ukloni izvor opasnosti od štete, iako je mogućnost podnošenja tužbe za preventivnu građanskopravnu zaštitu životne sredine normirana skoro prije pola vijeka. Prema podacima koji su nam bili dostupni, tzv. ekološka tužba kao pravo svih da zaštite životnu sredinu, ako se uopšte i podnosi, podnosi se kao individualna, a ne kao

nesavjesno vodila prethodnu parnicu ili da je sud propustio da joj dostavlja pozive, podneske ili odluke

³⁵⁷ Rakić- Vodinelić, V, 1989, 883.

³⁵⁸ Tako i Vladimir Crnjanski, „Preventivna ekološka parnica kao poseban postupak građanskopravne zaštite životne sredine“, *Ecologica*, 103/2021, 448.

³⁵⁹ Rakić-Vodinelić, 1989, 884; Radonjić, A, Stjelja, I, 2019., 20.

³⁶⁰ *Ibid*, 884.

popularna.³⁶¹ Iako ima za cilj zaštitu kolektivnih interesa ona se u praksi sudova Crne Gore koristi kao individualni mehanizam zaštite.³⁶² Malo je vjerovatno da će građani koji nijesu direktno ugroženi uložiti vrijeme i novac u vođenje parničnog postupka koji će izvjesno dugo trajati, biti skup i neizvjestan.

De lege ferenda treba dopuniti propise o tzv. ekološkoj tužbi kako bi ona postala djelotvorno pravno sredstvo za preventivnu zaštitu od nastupanja štete. Bilo bi poželjno u budućem Građanskom zakoniku i u reviziji Zakona o parničnom postupku dodatno normirati i precizirati ovaj instrument građanskopravne zaštite životne sredine. Treba dopunom materijalnopравnih i procesnopравnih pravila otkloniti dileme, nedorečenosti i ograničenja o pokretanju i toku ekološke parnice, kao i dejstvu i izvršenju presude. Propisati da ovaj postupak bude hitan, sa određivanjem rokova za preduzimanje određenih parničnih radnji. Treba, takođe, propisati posebna pravila za predujmivanje parničnih troškova kako bi se olakšao postupak za pokretanje ekoloških parnica. Uporedo sa normiranjem ovih pravila treba propisati i poseban parnični postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa kroz institut tzv. organizacione tužbe, po ugledu na neka uporedna zakonodavstva.

³⁶¹ Vidi odluke Višeg suda u Podgorici, Gž. 2076/2014 od 01.12.2015. godine i Višeg suda u Bijelom Polju Gž. 412/2021 od 20.07.2022. godine.

³⁶² Tako i Kostić-Mandić Maja, *Pravni aspekti međunarodne zaštite životne sredine*, Pravni fakultet UCG, Podgorica, 2024, 110.

Velibor KORAC', PhD*

**A CLAIM FOR REMOVAL OF THE DANGER OF DAMAGE
(THE SO-CALLED ENVIRONMENTAL CLAIM) IN
CONTEXT OF THE CIVIL CODE OF MONTENEGRO -
SCOPE AND LIMITATIONS**

Summary

In the legal system of Montenegro, the concept of the so-called environmental claim has existed since 1978, when the former federal Law on Obligations was adopted. An identical solution was retained, without special analysis and discussion, even after the reform of the Law on obligations and the adoption of the LO of Montenegro in 2008. The fact that this claim did not appear in case-law, undoubtedly indicates inadequate normative regulation of this institute. The ongoing preparation of the Civil Code of Montenegro is an opportunity to re-evaluate and re-examine existing solutions for civil protection of the environment. In recent discussions regarding the preparation of the Civil Code, there is no reference to any change of the existing (and inherited) rules that regulate the so-called environmental claim. Furthermore, there is no information that the Commission for Civil Code considered amending the existing system of civil environmental protection, taking into account that the working material proposes a solution that exists in the Law on Obligations which is in force. This article will present the existing legislative solutions and point out some shortcomings in the field of procedural law (capacity to be a party, claim, effects of the res judicata) and substantive law (material conditions, standing to sue, risk of significant damage). These shortcomings significantly affect the achievement of the goal of civil environmental protection. In the author's opinion, the existing concept should be reformed because it is not efficient, neither legally coherent and calls into question the achievement of its objective.

Keywords: *environmental claim, Civil Code of Montenegro, environment.*

* Assistant Professor, University of Montenegro, Faculty of Law; email: velibork@ucg.ac.me

Literatura

- Antić Oliver, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2007.
- Babović Branka, „Zahtev da se ukloni opasnost od štete – procesni aspekti“, *Pravo i privreda*, 4-6/2015, 154-167.
- Blagojević Slobodan, Krulj Vrleta (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1980.
- Brkić Mladen, „Pojam znatnije štete u preventivnoj zaštiti životne sredine“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 3/2019, 294-310.
- Crnjanski Vladimir, „Preventivna ekološka parnica kao poseban postupak građanskopravne zaštite životne sredine“, *Ecologica*, 103/2021, 443-450.
- Dika Mihajlo, *Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u postupku*, IV. Knjiga, Narodne Novine, Zagreb, 2008, 73.
- Jelena Danilović, *Popularne tužbe od rimskog do savremenih prava*, Institut za pravnu istoriju na Pravnom fakultetu, Beograd, 1968.
- Drenovak-Ivanović Marijana; Đorđević Sreten; Važić Siniša, *Pravni instrumenti ekološke zaštite – građanskopravna i krivičnopravna zaštita*, OEBS, Beograd, 2015.
- Josipović Tatjana, „Građanskopravna zaštita od štetnih imisija“, *Građanskopravna zaštita okoliša* (ur. Jakša Barbić), Zagreb, 2017, 53-84.
- Josipović Tatjana, „Građanskopravna zaštita životne sredine“, *Međunarodni naučni skup PRAVNA ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE* (ur. Zoran Rašović), Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Podgorica, 2024.
- Kaščelan Balša, „Actio popularis kroz prizmu člana 150 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore“, *Međunarodni naučni skup PRAVNA ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE* (ur. Zoran Rašović), Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Podgorica, 2024, 199-214.
- Korać Velibor, *Civil Procedure – Montenegro*, Kluwer Law International B.V., Alphen aan den Rijn, 2023.
- Kostić-Mandić Maja, *Pravni aspekti međunarodne zaštite životne sredine*, Pravni fakultet UCG, Podgorica, 2024.
- Lilić Stevan, Drenovak-Ivanović Marijana, *Ekološko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.

Maganić Aleksandra, „Procesnopravni aspekti građanskopravne zaštite okoliša“, *Građanskopravna zaštita okoliša* (ur. Jakša Barbić), Zagreb, 2017, 21-52.

Maganić Aleksandra, Orlić Zaninović Senka, *AARHUŠKA KONVENCIJA - Priručnik za polaznike/ice*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2018.

Morait Branko, „Građansko-pravne tužbe i ekološka (imisiona) zaštita“, *Pravna misao*, 3-4/1987.

Morait, Branko, „Normativni značaj i praktična primjena zahtjeva da se ukloni opasnost štete“, *Pravni život*, 8-9/1986, 823-842.

Perović Slobodan, Stojanović Dragoljub (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Gornji Milanovac, Kragujevac, 1980.

Povlakić Meliha, Softić-Kadenić, Darja, „Podobnost zaštite okoline privatnopravnim sredstvima – da li mogućnost podizanja kolektivne tužbe ovu zaštitu čini efektivnijom?“, *Međunarodni naučni skup PRAVNA ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE* (ur. Zoran Rašović), Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Podgorica, 2024, 147-176.

Radonjić Aleksa, Stjelja Ivana, *Ekološka tužba – pravo svih nas da zaštitimo životnu sredinu*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2018.

Rakić-Vodinelić Vesna, „Ekološka tužba: član 156. Zakona o obligacionim odnosima“, *Pravni život*, 4/5, 1989, 865-884.

Rakić-Vodinelić Vesna, Građanskopravna zaštita životne sredine“, *Međunarodni naučni skup PRAVNA ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE* (ur. Zoran Rašović), Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Podgorica, 2024, 83-102.

Salma Jožef, „Obligacionopravna zaštita životne sredine - tužba radi otklanjanja izvora opasnosti za nastanak ekološke štete i tužba radi naknade ekološke štete“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2009, 33-53.

Salma Marija, „Preventivna tužba za otklanjanje izvora opasnosti od štete u svetlu održivog razvoja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*“, 4/2014, 131–145.

Šago Dinka, „Ekološka tužba kao instrument građanskopravne zaštite okoliša“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 4/2013, 895-915.

Doc. dr Marina JOVIĆEVIĆ*

JAČANJE DEMOKRATSKOG LEGITIMITETA EVROPSKE UNIJE: AKTUELNI IZAZOVI I MOGUĆE STRATEGIJE

Sažetak

Ovaj članak ispituje potrebu osnaživanja demokratskog legitimiteta Evropske unije na daljem putu napredovanja procesa evropske integracije, u vremenu koje karakterišu brojni izazovi za očuvanje evropskih vrijednosti i interesa. Još od stvaranja prvih Evropskih zajednica a potom i Evropske unije, a naročito sa sve značajnijim povećanjem njihovih nadležnosti, postavlja se pitanje legitimiteta ovih zajednica, koji je svoj osnov mogao naći jedino u Evropskom parlamentu kao predstavničkom tijelu građanstva Evropske unije. Iako je demokratski deficit djelimično ublažen kontinuiranim jačanjem uloge Evropskog parlamenta, ozbiljni nedostaci svakako nisu otklonjeni. Budući da Evropska unija u narednom periodu teži proširenju, ali i reformama u brojnim oblastima u cilju efikasnog djelovanja u budućnosti, neophodan uslov je podrška građana EU ovim procesima. S druge strane, izbori za Evropski parlament održani u junu 2024. godine pokazali su brojne izazove za demokratiju, prvenstveno slabljenje demokratskih i proevropskih snaga. Iako reforma EU demokratije stoga može predstavljati izazovan zadatak u predstojećem periodu, smatramo da je svakako neophodna, te da mora obuhvatiti raznovrsne pristupe, kako na planu jačanja EU parlamentarizma tako i u pogledu participativne demokratije. U članku se analiziraju i predlažu konkretni modeli unaprijeđenja oba oblika, stavljajući naglasak, između ostalog, na potrebu reforme izbornog postupka, te jačanje mehanizama demokratske participacije odnosno većeg učešća građana, koje bi trebalo da postane neizbježan element oblikovanja politika u Evropskoj uniji.

Ključne riječi: demokratski legitimitet, predstavnička demokratija, participativna demokratija, Evropski parlament, Evropska unija, reforma

* Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, email: marinajovicevic@gmail.com

I Uvod

Kada su pedesetih godina prošlog vijeka osnovane prve Evropske zajednice, prvobitno usmjerene na ekonomsku integraciju evropskih država, legitimitet ovih zajednica bio je izveden, shodno pravilima međunarodnog prava, iz demokratskih procedura u državama članicama. Uz izmjene ugovora o osnivanju ovih organizacija iz 1986. godine (Jedinstveni evropski akt) i stvaranje Evropske unije 1992. godine, pitanje demokratskog legitimiteta vlasti koja je uspostavljena na nadnacionalnom nivou – postaje goruća tema. Raspravlja se o tome da li postoji opšte, preovlađujuće uvjerenje i saglasnost sa tom vlašću onih koji joj podliježu, da li je ta nadnacionalna vlast opravdana „odozdo“ i pogotovo: da li je uopšte moguća takva uzajamna saglasnost, koja prevazilazi kulturno-istorijski obilježene identitete i prelazi ka potrebnom stepenu političke homogenosti. Drugim riječima, da li je u odsustvu jedinstvenog evropskog demosa uopšte moguće govoriti o demokratiji u EZ/EU i demokratski utemeljenom legitimitetu vlasti? Sa porastom nadležnosti Zajednica, koje postaju sve brojnije i raznovrsnije, problem demokratskog deficita postaje sve izraženiji, a taj deficit mogao se nadomjestiti jedino u Evropskom parlamentu – kao skupštini predstavnika naroda država članica, te u povećanju njegovih nadležnosti. Evropski parlament je prešao dug put – od Skupštine Evropske zajednice za ugalj i čelik (kasnije Zajednička skupština) koja je imala samo konsultativnu ulogu, do današnjeg Parlamenta kao neposredno izabranog nadnacionalnog zakonodavca koji je značajno učvrstio svoju poziciju. Danas je njegova uloga skoro izjednačena sa ulogom Savjeta u pogledu usvajanja zakonskih akata Evropske unije, a postignuti su i još neki demokratski učinci, kroz izmjene osnivačkih ugovora a naročito posljednjom reformom iz Lisabona 2007. godine. Demokratija je označena kao jedna od vrijednosti Evropske unije.³⁶³ Ipak, i dalje nesporno postoje značajni demokratski deficiti, ali se čini da postoje i mogućnosti za njihovo djelimično prevazilaženje. Ne samo mogućnosti, rekli bismo, već i naročita potreba da se demokratski legitimitet Evropske unije nadalje osnaži, te da pruži pouzdan temelj *sve čvršćoj uniji između naroda Evrope*³⁶⁴ u budućnosti. U vremenu kada Evropska unija teži ulasku u period u kom će revidirati svoju veličinu, ali i sprovesti značajne reforme u brojnim oblastima koje mogu zahtijevati formalnu izmjenu

³⁶³ Čl. 2 Ugovora o Evropskoj uniji

³⁶⁴ Preambule Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije

Ugovora te samim tim i njihovu ratifikaciju u državama članicama, veća demokratska podrška ovim procesima čini se kao neophodan zadatak. Ipak, to je danas više nego ikad izazovan zadatak, budući da raste podrška naroda Evrope suverenističkoj ideologiji, što pokazuju kako nedavni nacionalni izbori u brojnim državama članicama, tako i izbori za Evropski parlament održani u junu ove godine. Nova struktura Evropskog parlamenta sa izmijenjenim snagama (jačanje političkih partija desnice, slabljenje proevropskih snaga) i novi odnos snaga u institucijama Evropske unije generalno, nezadovoljni građani, slaba zainteresovanost građana za evropska politička pitanja i evropske izbore, te izrazite polarizacije u brojnim aspektima – čine se kao nezanemarljivi izazovi očuvanju demokratije i nadasve: njenom unaprijeđenju, promovisanom od strane prethodnog saziva Evropskog parlamenta kroz niz debata i usvojenih izvještaja, kojima se zagovaraju pojedini mehanizmi prevazilaženja određenih demokratskih deficita. U svjetlu integracionih težnji sa jedne, ali i aktuelnih izazova sa druge strane, postavlja se pitanje: da li je vrijeme za preispitivanje EU demokratije i za njenu temeljitu reformu? Odnosno, koje su moguće strategije te reforme, u cilju jačanja demokratskog legitimiteta EU? U nastojanju da damo odgovore na ova pitanja, najprije ćemo, u prvom dijelu ovog rada, analizirati uspostavljeni model i aspekte EU demokratije, uz cilj da identifikujemo postojeće demokratske deficite: u tom pravcu, osvrnućemo se na rezultate postignute do danas, tokom brojnih revizija osnivačkih ugovora, a naročito izmjenama iz Lisabona. U drugom dijelu rada, nastojaćemo da ispitamo moguće pristupe daljem osnaživanju EU demokratije, u svjetlu aktuelnih izazova, razmatrajući i predlažući konkretne mehanizme - na planu unaprijeđenja kako predstavničke, tako i participativne demokratije.

II Demokratija kao osnovno načelo Evropske unije

O pitanju demokratskog legitimiteta EZ/EU i demokratiji, kao obliku ostvarivanja suverene volje naroda, raspravlja se još od stvaranja prvih Evropskih zajednica, a može se reći da je to pitanje i danas jednako aktuelno. Tradicionalna poimanja demokratije u Evropskim zajednicama / Evropskoj uniji polaze od stava da bez evropskog demosa, kao rezultata uzajamnog priznavanja političke istovrsnosti – nema ni demokratije, pa ni vlast u EZ/EU nije demokratski legitimna. Za razliku od svake federalne države, gdje se suverenitet saveznog demosa pretpostavlja, u Evropskoj uniji ne postoji takva pretpostavka, budući da cjelokupna arhitektura nikada nije potvrđena

procesom legitimisanim od strane evropskog konstitucionalnog demosa, te stoga evropska nadnacionalna vlast ne uživa istu vrstu autoriteta kakav postoji u federalnim državama (Vajler).³⁶⁵ Prema umjerenijim gledištima, građanstvo EU samim činom izbora za Evropski parlament postaje demos, budući da u jednom kolektivnom činu koji nalikuje na nacionalne izbore daje svoju saglasnost za stvaranje jednog zajedničkog političkog tijela, na koje prenosi dio svojih suverenih prava, pa time same demokratske institucije pretvaraju društvo u demos. Odnosno, konstituisanjem demokratskih institucija i zajedničkim političkim životom pod okriljem tih institucija – nastaje demos.³⁶⁶ J. Habermas to naziva „katalizatorskim efektom“, te ističe da elementi koji su nedostatni, kao što su zajednički identitet i demokratski legitimitet, ne moraju postojati *a priori*, polemišući nadalje o „solidarnosti između stranaca“, pod kojom podrazumijeva da je koncept građanstva EU dovoljan osnov zajedničkog političkog identiteta i legitimiteta.³⁶⁷ Vajlerov koncept „ustavne tolerancije“, kojim djelimično koriguje svoje gledište, podrazumijeva da upravo odsustvo konstitucionalnog demosa u kombinaciji sa svojevolumnim prihvatanjem ustavnog diskursa kojeg EU pravni poredak zahtijeva, daje Evropskoj uniji originalnost i jedinstvenost, te legitimise u određenoj mjeri vlast u EU.³⁶⁸ Sa druge strane, koncept „demoikratije“ (Nikolaidis) podrazumijeva međusobno priznavanje (a ne spajanje) različitih identiteta država članica Evropske unije i njenih naroda, što omogućava EU i njenim članicama da izgrade sistem koji podrazumijeva da „upravljaju zajedno, ali ne kao jedno“. ³⁶⁹ Značajan broj autora zastupa shvatanja o „denacionalizaciji demokratije“ odnosno „kosmo-političkoj demokratiji“, kao i o „demokratizaciji demokratije“, utemeljena na političkoj paradigmi da se, u savremenim okolnostima internacionalizacije i transnacionalizacije i postepene transformacije političkih zajednica ka svjetskoj političkoj zajednici, ciljevi demokratije mogu postići prije „otvorenom“ tj. globalnom

³⁶⁵ Weiler Joseph H. H, In defence of the status quo: Europe's constitutional Sonderweg u J. H. H. Weiler and M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, 2003, 9.

³⁶⁶ Majer Tomas, *Identitet Evrope*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.

³⁶⁷ Habermas Jurgen, *Why Europe Needs a Constitution*, New Left Review, 2001.

³⁶⁸ Weiler Joseph H. H, „Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts“, u: Grainne de Burca & J. H. H. Weiler (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012, 13

³⁶⁹ Nicolaidis Kalypso, *The Idea of European Democracy*, Philosophical Foundations of Law, Oxford, 2012.

demokratijom i ostvarenjem ideje „svjetskog ustava“, nasuprot „zatvorenoj demokratiji“.³⁷⁰ Vrijedna pažnje su i stanovišta kojima se naročito afirmiše tzv. izlazni legitimitet Evropske unije, imajući u vidu da se u teoriji uobičajeno razlikuju ulazni legitimitet tj. proceduralna demokratija (*input democracy*) i izlazni legitimitet tj. demokratija rezultata (*output democracy*). Tako K. Fridrih pored proceduralnog demokratskog legitimiteta prepoznaje i „ostvoreni“ ili „uspješni“ legitimitet kao univerzalni tip legitimiteta, a podrazumijeva da su uspjeh u ratu, održanje prosperiteta, reda, mira - važni sastavni elementi svakog legitimiteta, te da efektivno ostvarivanje osnovnih društvenih i političkih ciljeva, od strane vlasti, ima pozitivne efekte na njenu legitimnost, kao što neuspjeh u ovom kontekstu znači opadanje legitimnosti, pa je stoga demokratski legitimitet u modernim ustavnim režimima neprekidno podvrgnut testovima efektivnog ostvarenja društvenih i političkih ciljeva i shodno tome podložan proširenju ili sužavanju.³⁷¹ U tom kontekstu, može se potvrditi da Evropska unija zaista opravdava povjerenje različitih grupacija - od pojedinaca i privrednih subjekata do pojedinih slojeva društva (npr. radnici, studenti itd.) ili regiona unutar država članica - u pogledu očekivanih odnosno „isporučenih“ ekonomskih, političkih i drugih koristi i interesa, te da uživa ovu vrstu legitimiteta.

Privrženost demokratiji kao temeljnom načelu EZ/EU prvi put je izražena u preambuli Ugovora o Evropskoj uniji, usvojenog 1992. godine. Tokom ranijeg perioda, u prvim decenijama od osnivanja Evropskih zajednica, tokom kojih se nadležnosti ovih Zajednica značajno uvećavaju, polemike o njihovom legitimitetu dobijaju sve više na značaju. Stoga su se već u tom ranom periodu javila nastojanja da se postepeno nadomjesti legitimitet ovih Zajednica kroz osnaživanje pozicije Evropskog parlamenta. Na početku je Evropski parlament (nosio je naziv „Zajednička skupština“ do 1962. godine) posjedovao jedino savjetodavna ovlašćenja, a Savjet je samostalno usvajao komunitarne pravne akte. U sastav Parlamenta ulazili su nacionalni delegati tj. poslanici parlamenata država članica. Godine 1976. usvaja se Evropski izborni akt, kojim se predviđa neposredan izbor poslanika za Evropski parlament od strane državljana država članica, a prvi neposredni izbori održani su 1979. godine. Tako je demokratski deficit ublažen dvojakim

³⁷⁰ Fleiner Thomas, Basta Fleiner Lidija, *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009, 282.

³⁷¹ Fridrih Karl Joakim, *Konstitucionalizam (Ograničavanje i kontrola vlasti)*, CID, Podgorica, 1996, 175.

izvorom legitimiteta: iz država članica i od građana, preko njihovih predstavnika u Parlamentu. Ipak, Evropski parlament je i dalje raspolagao jedino konsultativnom funkcijom. To će se promijeniti sa Jedinstvenim evropskim aktom, kojim se uvodi tzv. „postupak saradnje“ u oblasti jedinstvenog tržišta, a Ugovorom o Evropskoj uniji i postupak „saodlučivanja“. To i dalje nije bilo dovoljno značajno unaprijeđenje njegove uloge; ozbiljne mane u pogledu zakonodavnih (i kontrolnih) funkcija Parlamenta su ostale, budući da su mu, u poređenju sa evropsko-kontinentalnom ustavnom tradicijom, nedostajala mnoga ovlašćenja predstavničkog tijela. Potrebna unapređenja najprije je predvidio Ugovor o Ustavu za Evropu, a potvrdio ih je i Ugovor iz Lisabona.

U članu 2 Ugovora o Evropskoj uniji revidiranog 2007. godine, navodi se demokratija kao jedna od vrijednosti na kojima je Evropska unija utemeljena. Predviđa se niz rješenja kojima se afirmiše parlamentarna predstavnička demokratija višestranačkog tipa koja, s obzirom na pravnu prirodu Evropske unije, ima prednost nad drugim modelima demokratije.³⁷² Najprije, Evropski parlament postaje ravnopravan kozakonodavac sa Savjetom, a raniji postupak saodlučivanja postaje redovan legislativni postupak, predviđen u najvećem broju područja saradnje, čime dobija prednost u usvajanju akata za uređenje najznačajnijih oblasti u odnosu na druge (posebne) postupke legislativnog usvajanja akata, koji se smatraju izuzecima. Osnajene su kontrolne funkcije Parlamenta, u odnosu na rad Evropske komisije, a značajno je osnažena i uloga Parlamenta u procesu izbora i imenovanja Komisije. Nadalje, Evropski parlament i u pogledu zaključivanja međunarodnih sporazuma mora biti u svim područjima ili konsultovan ili upitan za izričito odobrenje. Sa druge strane, Savjetu je nametnuta obaveza otvaranja sjednice za javnost prilikom odlučivanja. U sve intenzivnijim raspravama o demokratskom legitimitetu EU, osim Evropskog parlamenta - i nacionalni parlamenti se pomjeraju u samo središte interesa i studija o ulozi tih institucija u okolnostima evropskog konstitucionalizma.³⁷³ To je rezultiralo rješenjem po kom se u evropski zakonodavni postupak uključuju nacionalni parlamenti, koji dobijaju pravo da kontrolišu da li Evropska unija, u područjima koja ne spadaju u njenu isključivu zakonodavnu

³⁷² Košutić Budimir, *Osnovi prava Evropske unije*, CID, Podgorica, 2014, 73.

³⁷³ Bačić Arsen, *O položaju, ulozi i značaju nacionalnog parlamenta u EU konstitucionalizmu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 43, 2/2006, 1-23.

nadležnost, postupa u skladu sa utvrđenim pravilima vertikalne podjele nadležnosti: poštujući načelnu prednost država članica da zakonodavno regulišu određena područja, te djelujući jedino supsidijarno, kao i srazmjerno cilju koji se namjerava postići. Time je ostvarena dodatna demokratska kontrola nad usvajanjem pravnih akata EU. Pored sfere predstavničke demokratije, predviđen je i jedan oblik neposredne demokratije: građani Unije i predstavnička udruženja mogu javno iznositi i razmjenjivati mišljenja o svim oblastima aktivnosti Unije, te mogu pokrenuti inicijativu kojom pozivaju Evropsku komisiju da, u okviru svojih nadležnosti, pripremi i podnese zakonski prijedlog Evropskom parlamentu i Savjetu, ako smatraju da je određeno pitanje neophodno regulisati pravnim aktom Unije, a inicijativa mora poteći od najmanje milion građana Unije iz većeg broja država članica.³⁷⁴

Iako je nesporno da je navedenim rješenjima ulazni demokratski legitimitet Evropske unije značajno osnažen, ozbiljni i očigledni deficiti svakako i dalje postoje i predmet su brojnih kritika.³⁷⁵ U nastavku ćemo sažeto ukazati na važnije demokratske deficite:

- Evropski parlament nije samostalni nosilac zakonodavnih ovlašćenja, već kozakonodavac sa Savjetom, u tzv. redovnom zakonodavnom postupku.
- Mimo redovnog zakonodavnog postupka, uloga Evropskog parlamenta je marginalna i svedena samo na davanje saglasnosti ili mišljenja koje, svakako, nije obavezujuće. To je naročito zabrinjavajuće u onim slučajevima kada se zahtijeva jedino konsultovanje Parlamenta, a u Savjetu se odlučuje većinskim glasanjem a ne jednoglasno. Na taj način su građani država članica koje su u manjini prilikom glasanja u Savjetu takoreći „zaobiđeni“: niti su se preko svojih vlada složili sa donošenjem određenog akta, niti mogu računati na uključivanje svojih predstavnika u Parlamentu u razmatranje

³⁷⁴ Čl. 11 UEU; čl. 24 UFEU; Uredba (EU) 2019/788 Evropskog parlamenta i Savjeta o evropskoj građanskoj inicijativi

³⁷⁵ Ima i drugačijih mišljenja, pa tako Moravčík smatra da je kritika demokratskih deficita Evropske unije pretjerana, te da EU ne treba upoređivati sa nedostižnim standardom idealizovane koncepcije parlamentarne demokratije, već prije sa realnim funkcionisanjem savremenih demokratija, te da u posljednjem poređenju – procesi odlučivanja u EU su u skladu sa opštom praksom većine demokratskih država. Pročitati u: Moravcsik Andrew, „The Myth of Europe's 'Democratic Deficit'“, *Intereconomics*, Vol. 43, 2008.

donošenja tog akta. Zasigurno, vrlo je upitno usvajanje akata Unije za koje se ne zahtijeva, prije njihovog stupanja na snagu, adekvatno učešće Evropskog parlamenta.

- Postupak izbora za Evropski parlament nije jednoobrazan. Evropski izborni akt iz 1976. godine (mijenjan više puta, posljednje izmjene su izvršene Odlukom Savjeta 2002. godine i Odlukom Savjeta iz 2018. godine³⁷⁶) ne uspostavlja jedinstveni izborni postupak koji je primjenjiv u svim državama članicama za izbore za Evropski parlament. Ovaj akt predviđa jedino set zajedničkih principa, kojima se harmonizuju nacionalni propisi država članica primjenjivi na izbore za Evropski parlament. Dakle, izborni postupak je regulisan i ovim Aktom i nacionalnim propisima koji se razlikuju od države do države. Zajedničkim pravilima predviđeno je načelo proporcionalne zastupljenosti kao i nespojivosti poslaničke funkcije sa određenim funkcijama, dok su nacionalnim pravom uređena mnoga druga važna pitanja, poput vrste izbornog sistema koji se primjenjuje i broja izbornih jedinica, te se poslanička mjesta raspodjeljuju državama članicama posredstvom nacionalnih izbornih lista. Nadalje, proporcionalna predstavljenost u Parlamentu uvažava princip opadajuće proporcionalnosti, kao jedan od ključnih federalnih principa. Broj poslaničkih mjesta utvrđuje se prema kvotama dodijeljenim državama članicama (nijedna država članica ne može imati manje od 6 poslanika niti više od 96; primjera radi, u novom sazivu Malta ima 6 a Njemačka 96 poslanika), a sa svakim proširenjem EU srazmjerno se smanjuje broj poslanika većih država članica. To ima za posljedicu da poslanici koji dolaze iz većih tj. brojnijih država članica predstavljaju veći broj ljudi nego poslanici iz manjih država. Prema tome, ne uvažava se princip „jedan čovjek – jedan glas“, već su građani EU nejednako demokratski predstavljeni u Evropskom parlamentu.³⁷⁷

³⁷⁶ Izmjene iz 2018. godine još uvijek nisu stupile na snagu, budući da Španija nije ispunila uslov u pogledu izbornog cenzusa.

³⁷⁷ Na primjer, jedan poslanik sa Malte predstavlja 80 000 građana, a jedan poslanik iz Njemačke 800 000 građana

- Iako je uloga Evropskog parlamenta u procesu izbora i imenovanja Evropske komisije osnažena stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona, može se zaključiti da je izbor Komisije, kao nosioca izvršne vlasti, i dalje nedovoljno zavistan od predstavničkog tijela; naročito, uloga Parlamenta u izboru predsjednika Komisije je nedovoljno ubjedljiva, čime izostaje puni demokratski legitimitet Komisije. Predsjednika Komisije imenuje tj. predlaže drugi nosilac izvršne vlasti - Evropski savjet, a predsjednik Komisije je njegov član. Izbor se potvrđuje u Parlamentu većinom glasova poslanika. Lisabonskim ugovorom je uvedena jedna novina koja predviđa da Evropski savjet, prilikom nominacije, uzima u obzir rezultate evropskih izbora (čl. 17 st. 7 UEU). Ipak, ova obaveza Evropskog savjeta nije precizno definisana i ne povezuje dovoljno čvrsto izbor predsjednika Komisije sa ishodom evropskih izbora odnosno većinskom političkom voljom građana EU, te je stoga postupak izbora i dalje nedovoljno demokratski legitimisan.
- Delegacija zakonodavnih ovlašćenja sa Evropskog parlamenta i Savjeta na Evropsku komisiju, predviđena izmjenama iz Lisabona, nije precizno uređena u pogledu materijalnih ograničenja delegacije, tj. materije koja može biti regulisana podzakonskim aktom. Naime, predviđa se jedino da Komisija može regulisati manje bitne elemente osnovnog, zakonskog akta, dok elementi koji su „od suštinskog značaja“ ne mogu biti predmet delegacije – ti elementi, međutim, nisu konkretno determinisani; nije definisano šta su „suštinski elementi“ ili šta su „manje bitni elementi“. Stoga, ovakvo apstraktno određenje dopušta Komisiji široka ovlašćenja i za posljedicu ima to da Komisija delegiranim aktima nerijetko uređuje upravo pitanja od suštinskog značaja. To nameće pitanje nedostatka demokratskog legitimiteta nad donošenjem akata Komisije, budući da ovi akti mogu u materijalnom smislu biti istovjetni sa zakonskim, kada se njima uređuju pitanja od opšteg značaja.
- Nadalje, dodatan nedemokratski učinak ogleda se u čestoj regulatornoj upravljačkoj praksi, budući da postoje mnoga

područja uređivanja na nivou EU u kojima odluke ne donosi zakonodavac (Evropski parlament i Savjet) već različita ekspertska tijela pa, kako se ističe, proces „scijentifikacije“ politike zajedno sa rastućim fenomenom „ekspertokratije“ dovodi u pitanje tradicionalne vrijednosti demokratske participacije.³⁷⁸

III Reforma EU demokratije

A. Aktuelni izazovi

Rezultati izbora za Evropski parlament održani u junu 2024. godine pokazuju izazove za demokratiju u nekoliko značajnih aspekata. Prije svega, izbori su pokazali rast populizma, rast nezadovoljnih građana (što se ispoljilo kroz brojne proteste), izražene polarizacije, manjak liderstva. To se odrazilo i na novu strukturu Evropskog parlamenta i njegovo „pomjeranje udesno“, budući da su demokratske i proevropske snage oslabile svoje pozicije, dok su partije desnice glavni „pobjednici“ izbora. Istraživanja pokazuju da se naročito među grupom mladih birača (starosne dobi do trideset godina) bilježi rast podrške desnici. U novom sazivu Evropski parlament broji 720 poslaničkih mjesta. Samo su političke grupe desnice ostvarile dodatan broj mjesta u Parlamentu; konzervativna *Evropska narodna partija* (ENP) desnog centra je tradicionalno osvojila najviše mjesta (dvanaest više nego ranije), a takođe su i grupe radikalne desnice osvojile dodatna mjesta u odnosu na prethodni saziv: *Evropski konzervativci i reformisti* (EKR) devet više, kao i dvije nove političke grupe - *Patriote* 84 mjesta i *Evropa suverenih nacija* 25. Sve ostale parlamentarne grupe su izgubile mjesta, najviše *Liberali* i *Zeleni* (zajedno 43 poslanika manje).³⁷⁹ Prema tome, novi Evropski parlament koji je više fragmentisan, sa jačom desnicom, može tokom petogodišnjeg mandata koji mu predstoji biti pred ozbiljnim izazovom i u poteškoćama da podrži neophodne promjene, koje su inicirane u prethodnom sazivu. Naime, prethodni saziv je preduzeo značajne reformske inicijative, debatujući o reformi izbornih pravila i usvajajući niz izvještaja kojima se zagovara demokratska reforma Evropske unije. Konkretnije, Evropski parlament je

³⁷⁸ Samardžić Slobodan, „Postoji li demokratija u nadnacionalnoj zajednici? Jedinствен slučaj Evropske unije“ (ur: M. Podunavac), *Država i demokratija*, JP Službeni glasnik, 2010, 480.

³⁷⁹ Poređenje je izvršeno u odnosu na prethodni saziv Evropskog parlamenta nakon *Brexit*-a, kada je broj poslaničkih mjesta smanjen sa 751 na 705.

2022. godine predložio ukidanje važećeg Evropskog izbornog akta iz 1976. godine i usvajanje uredbe o evropskim izborima. Predložena uredba dodatno bi harmonizovala izborni postupak i pravila primjenjiva na evropske izbore. Ovaj prijedlog inicirala je grupa *Socijal-demokrata* koja je, uz grupe koje su se najviše zalagale za reforme i pretrpele najveće gubitke – *Liberali* i *Zeleni* – oslabila svoju poziciju nakon ovogodišnjih izbora. S druge strane, partije desnice koje su ojačale svoje pozicije, naročito ENP i EKR, pokazale su naklonjenost stopiranju ove ali i drugih inicijativa (poput *European Green Deal*), koje su pokrenute u prethodnom Parlamentu. Kako se ocjenjuje, imajući u vidu politiku *mainstream* desnice (ENP) i radikalne desnice (EKR), može se očekivati još strožija imigraciona politika kao i manje entuzijazma za zaštitu prava manjina.³⁸⁰ Stoga, može se očekivati da novi Evropski parlament neće uspjeti da odbrani ostvareni progres prethodnog saziva i da nastavi sa reformskim inicijativama. Njegova uloga podsticanja Savjeta i Komisije da djeluju, ubuduće može biti kompromitovana iznutra. Kako se sa različitih strana ocjenjuje, rezultati izbora pokazuju da je vrlo teško vladati EU demokratijom, te da su generisane nove „EU demokratske aritmije“.³⁸¹ Uistinu, može se zaključiti da uloga Evropskog parlamenta kao promotera liberalne demokratije i vladavine prava u Evropskoj uniji - ubuduće može biti ugrožena.

Takođe, treba imati u vidu i to da rezultati evropskih izbora reflektuju trendove na nacionalnom nivou (što i potvrđuju nacionalni izbori u nekoliko država članica održani tokom ove godine). U tome se ogleda još jedan izazov, budući da to može uticati na novi odnos snaga i u drugim institucijama Evropske unije. Ukoliko desničarske partije vrše vlast u državama članicama, to se odražava na sastav i odlučivanje u Evropskom savjetu, sastavljenom od šefova država ili vlada država članica, a koji predstavlja ključnu političko-izvršnu instituciju EU koja formuliše opšti politički pravac Unije, pa odlučivanje u ovoj instituciji može biti podložno različitim stremljenjima i promjenljivim odnosom snaga u budućem periodu. Evropski savjet ima i uticaj na Evropsku komisiju u pogledu njenog sastava i agende. Na sastav Komisije svakako utiče i Evropski parlament jer, osim što potvrđuje izbor

³⁸⁰ Mudde Cas, „The Far Right and the 2024 European Elections“, *Intereconomics*, 59 (2), 2024, 64.

³⁸¹ Lupo Nicola, „After the 2024 EP elections, the complexity and arrhythmias of EU parliamentary democracy have become even more evident“, *The European Parliament elections in 2024* (ur.Tanja Cerutti & Federico Savastano), Giappichelli, 2024, 17-35.

predsjednika Komisije na prijedlog Evropskog savjeta, ima pravo saslušavanja kandidata za članove Komisije (koje predlažu Savjet i predsjednik Komisije na osnovu preporuka vlada država članica). Saslušavanja se odvijaju u odgovarajućim parlamentarnim odborima, koji moraju dvotrećinskom većinom glasova podržati (ili odbaciti) određenog kandidata što, prema tome, može rezultirati povlačenjem tog kandidata.³⁸² Svakako, Parlament u konačnom bira Komisiju u cjelini, glasanjem o povjerenju Komisiji, nakon čega Evropski savjet formalno potvrđuje njen izbor.

Naročito značajan izazov jačanju demokratskog legitimiteta ogleda se u nedovoljnoj participaciji građana Evropske unije i izlaznosti na izbore za Evropski parlament. Izlaznost na izbore u junu ove godine je gotovo ista kao na izborima 2019. godine (zanemarljivo povišena za 0,08 odsto), pa iako je ovogodišnja izlaznost birača od 50,74 odsto najviša u posljednjih dvadeset pet godina (od izbora održanih 1999. godine), to ipak znači da je gotovo polovina građana EU sa pravom glasa zanemarila evropske izbore.³⁸³ Politička „apatija“ građana EU svakako je odraz nedovoljno izgrađenog EU identiteta, jer se građani EU i dalje prvenstveno poistovjećuju sa svojom nacionalnom pripadnošću, dok su slabo zainteresovani za evropska politička pitanja i evropske izbore, koji se percipiraju kao drugorazredno izborno takmičenje.³⁸⁴ U cilju prevazilaženja ovog problema i mobilizacije građana već su učinjeni određeni naponi, a određeni doprinos je dala *Konferencija o budućnosti Evrope*, realizovana tokom 2021. i 2022. godine, kao široki forum za debatovanje i diskusije ljudi širom EU u cilju razmjene mišljenja i oblikovanja EU politika.³⁸⁵ Doprinos Konferencije ogleda se i u tome što je podstakla na održavanje nekoliko *Evropskih građanskih panela* za diskutovanje i sačinjavanje konkretnih prijedloga i preporuka građana o

³⁸² Aktuelna saslušanja kandidata za članove Komisije trebalo bi da budu zaključena i evaluirana krajem novembra, kada se očekuje i da novoizabrana predsjednica Komisije predstavi kolegijum komesara kao i program Komisije za period 2024-2029, te da se Parlament izjasni o izboru Komisije.

³⁸³ Podaci o izlaznosti preuzeti sa: <https://results.elections.europa.eu/en/turnout>

³⁸⁴ Radić-Milosavljević Ivana, Milovanović Ivan, „Izbori za Evropski parlament: od nacionalnih izbora drugog reda do evropeizovanog drugorazrednog takmičenja“, *Godišnjak Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu*, Vol. 13, 2019.

³⁸⁵ Digitalnu platformu, putem koje je Konferencija realizovana, posjetilo je preko pet miliona građana EU, a rad Konferencije rezultirao je podnošenjem 49 prijedloga institucijama EU.

određenim pitanjima.³⁸⁶ Ipak, ovi paneli još uvijek nisu postali regularni element demokratskog života u Evropskoj uniji. Na još uvijek skromne domete u pogledu osnaživanja deliberativne demokratije svakako utiče nepostojanje jedinstvenog evropskog jezika, pa je, kako se ističe, nemoguće postići potrebnu obaviještenost građana Evropske unije o osnovnim pitanjima Unije i obezbijediti demokratsku razmjenu mišljenja o tim pitanjima na podjednako dostupnom jeziku svim građanima.³⁸⁷ Nedovoljna informisanost građana i netransparentnost političkih odluka, odnosno nedovoljna povezanost građana sa institucijama Evropske unije, predstavljaju značajan izazov.

B. Strategije jačanja demokratskog legitimiteta

Imajući u vidu postojeće demokratske deficite i izazove za jačanje demokratskog legitimiteta, na koje smo se već osvrnuli, u nastavku ćemo nastojati da adresiramo ključne probleme i predložimo konkretne pristupe i mehanizme njihovog prevazilaženja, polazeći od mišljenja da je, uprkos brojnim izazovima, a zarad dugoročnog očuvanja evropskih vrijednosti i interesa, vrijeme za preispitivanje demokratije u Evropskoj uniji. Reforma demokratije u Evropskoj uniji trebalo bi da bude sveobuhvatna i da uključi raznovrsne pristupe, kako na planu jačanja predstavničke demokratije, tako i u odnosu na participativnu demokratiju.

Na polju razvoja i osnaživanja EU parlamentarizma, nameće se nekoliko logičnih i nužnih rješenja kojima bi se dodatno ojačala uloga Evropskog parlamenta, imajući svakako u vidu uporedno parlamentarno pravo i funkcije koje tradicionalno pripadaju predstavničkom tijelu. Prije svega, smatramo da su potrebne promjene koje se tiču samog zakonodavnog postupka: 1. Evropski parlament treba da dobije pravo zakonodavne inicijative; 2. Redovni zakonodavni postupak treba proširiti na što veći broj područja saradnje. Iako je Parlament ravnopravan sa Savjetom u najvećem broju područja saradnje, u kojima je predviđen redovni zakonodavni postupak, ipak i dalje postoji značajan broj područja u kojima se zahtijeva jedino saglasnost ili mišljenje Evropskog parlamenta, pa bi adekvatno rješenje bilo u proširenju redovne procedure na što veći broj područja. Alternativno, smatramo da bi prikladno rješenje bilo i u adekvatnoj kontroli predstavnika nacionalnih vlada u Savjetu,

³⁸⁶ Do sada je održano pet tematskih panela, a svaki je okupio oko 150 građana, nasumično izabranih iz svih 27 država članica.

³⁸⁷ Košutić B, 2014, 75.

onda kada Savjet, u tzv. posebnom zakonodavnom postupku, usvaja akte uz saglasnost ili mišljenje Parlamenta (a naročito zabrinjavajući nedemokratski učinak se ispoljava kada Savjet akte usvaja odlučujući većinskim glasanjem, a ne jednoglasno). Ta kontrola bi trebalo da bude povjerena, ako ne Evropskom parlamentu, onda nacionalnim parlamentima, kako bi se na neki način prevazišao nedopustivi transfer ovlašćenja sa predstavničkog tijela na instituciju koja predstavlja države članice.

Nadalje, smatramo da su nužne i izmjene u pogledu instituta delegacije zakonodavnih ovlašćenja. Ovaj tradicionalni ustavnopravni institut predstavlja jedan od tzv. *checks and balances* mehanizama za uspostavljanje ravnoteže između tri grane vlasti, a kako princip podjele vlasti ne bi bio prekomjerno ugrožen, u uporednom ustavnom pravu se uobičajeno predviđa i institut „zakonskih rezervata“ (*riserva di legge ordinaria*), kojim se utvrđuje materija koja ne smije biti predmet delegiranja egzekutivi, već mora biti regulisana isključivo zakonom. U EU sistemu podjele vlasti je, kako smo već ukazali, delegacija zakonodavnih ovlašćenja Komisiji ograničena na regulisanje „manje bitnih elemenata“ zakonskog akta, odnosno izuzeti su „suštinski elementi“ određene oblasti. Ovi „suštinski elementi“ stoga predstavljaju zakonski rezervat, ali koji nije konkretno preciziran. Nije definisano šta su „manje bitni elementi“ odnosno elementi koji nisu „od suštinskog značaja“. Ovakvo apstraktno određenje zakonskog rezervata dopušta Komisiji široka ovlašćenja, pa se može prigovoriti nedostatku demokratskog legitimiteta akata egzekutive, s obzirom na njihovu sadržinu koja, prema svom značaju, treba biti regulisana legislativnim aktom, kao izrazom opšte volje. Stoga, smatramo da je nužno precizno regulisati pitanje zakonskih rezervata. Oslanjajući se na razliku između apsolutnih i relativnih zakonskih rezervata koju pojedini autori prave, smatramo da bi adekvatno rješenje bilo u konkretnom određenju pojedinih politika i oblasti EU koje ne mogu biti predmet delegacije, dok bi za ostala područja trebalo preciznije definisati elemente koji su izuzeti od delegiranja.³⁸⁸

Konačno, jedan od ključnih pristupa jačanju demokratskog legitimiteta ogleda se u reformi pravila kojima se reguliše izbor i sastav Evropskog

³⁸⁸ R. Marković apsolutne zakonske rezerve definiše kao materiju koja mora u svim svojim djelovima biti regulisana zakonom, a relativne kao materiju čije opšte pravce i temelje reguliše zakon, a koja može biti upotpunjena podzakonskim aktom u okviru smjernica sadržanih u zakonu. Marković Ratko, *Ustavno pravo i političke institucije*, IP Justinijan, Beograd, 2003, 13.

parlamenta. Kako smo već ukazali, postupak izbora za Evropski parlament nije jednoobrazan. Evropski izborni akt iz 1976. godine (izmijenjen Odlukom Savjeta 2002. godine) ne uspostavlja jedinstveni izborni postupak koji je primjenjiv u svim državama članicama za izbore za Evropski parlament; predviđa se jedino set zajedničkih principa, kojima se harmonizuju nacionalni propisi država članica primjenjivi na izbore. Zajednički principi predviđaju načelo proporcionalne zastupljenosti, te načelo nespojivosti poslaničke funkcije sa drugim funkcijama, dok su nacionalnim pravom uređena mnoga druga važna pitanja, poput vrste izbornog sistema koji se primjenjuje i broja izbornih jedinica. Primjenjuje se princip opadajuće proporcionalnosti, prema kvotama dodijeljenim državama članicama, po kome nijedna država članica ne može imati manje od 6 poslanika niti više od 96, što za posljedicu ima to da poslanici koji dolaze iz većih tj. brojnijih država članica predstavljaju veći broj ljudi nego poslanici iz manjih država. Time su građani EU nejednako demokratski predstavljeni u Evropskom parlamentu. Evropski izborni akt je mijenjan i Odlukom Savjeta iz 2018. godine, ali te izmjene još uvijek nisu stupile na snagu, budući da se predviđa izborni cenzus od dva odsto za države članice sa preko 35 mjesta u Evropskom parlamentu, što je predstavljalo problem za Njemačku i Španiju, pa Španija do danas nije ratifikovala ove izmjene. Korak ka daljoj harmonizaciji izbornih pravila učinjen je 2022. godine, kada je Parlament prethodnog saziva usvojio zakonodavnu rezoluciju, u skladu sa čl. 223 UFEU, kojom predlaže usvajanje uredbe Savjeta o evropskim izborima, koja bi ukinula Evropski izborni akt i predvidjela nova zajednička pravila. Rezolucijom se projektovalo usvajanje i stupanje na snagu uredbe prije izbora 2024. godine, koji bi se sprovedi u skladu sa novim pravilima; međutim, čak ni rješenja iz 2018. godine nisu primijenjena na ovogodišnje izbore, već su sprovedeni u skladu sa rješenjima predviđenim Aktom iz 1976. i Odlukom iz 2002. godine, te nacionalnim propisima država članica, od kojih dominantno zavise. Shodno čl. 223 UFEU, predložena uredba mora biti usvojena u Savjetu jednoglasno, u posebnom zakonodavnom postupku, uz saglasnost Parlamenta. Međutim, da bi stupila na snagu, nužna je ratifikacija od strane država članica, u skladu sa njihovim ustavnim pravilima. Premda predložena uredba nije usvojena, ne može se osporiti da je nužno jačati evropsku dimenziju izbora za Evropski parlament ubuduće. Smatramo da je harmonizacija pravila primjenjivih na evropske izbore neophodna u što većem stepenu te, kao dugoročan cilj: i potpuno izjednačavanje regulative odnosno uvođenje uniformnog izbornog postupka

za Parlament, uspostavljanjem izbora na nivou Evropske unije, umjesto skupa od 27 odvojenih nacionalnih izbora, kako se trenutno organizuju izbori za Evropski parlament. To bi označilo originalni, panevropski izborni postupak kojim bi se obezbijedila transnacionalna jednakost građana EU. Od suštinskog značaja za demokratiju u Evropskoj uniji je da se adekvatno adresira nedostatak jednakog demokratskog predstavljanja građana, odnosno obezbijedi jednakost prava glasa, čime bi se uvažio princip „jedan čovjek – jedan glas“. Prema tome, smatramo da bi bilo nužno ukinuti sistem opadajuće proporcionalnosti i uvesti direktnu (jednaku) proporcionalnost, te usvojiti prijedlog uvođenja transnacionalnih izbornih lista (na nivou EU), koje bi išle uz nacionalne, sa obavezujućim sistemom „vodećih kandidata“ (*spitzenkandidaten* princip), koji će omogućiti demokratski izbor predsjednika Evropske komisije.

Kako smo se već na odgovarajućem mjestu osvrnuli, jedan od demokratskih deficita ogleda se upravo u načinu izbora predsjednika Evropske komisije. Predsjednika Komisije imenuje tj. predlaže Evropski savjet (drugi nosilac izvršne vlasti, pored Komisije), a njegov izbor se formalno potvrđuje u Evropskom parlamentu većinom glasova poslanika. Takođe, Komisiju u cjelini u konačnom bira Evropski savjet, nakon izglasavanja povjerenja u Parlamentu. S druge strane, Komisija je odgovorna isključivo Parlamentu koji, pak, nema mogućnost izglasavanja nepovjerenja pojedinim članovima Komisije već jedino Komisiji u cjelini. Ova rješenja, kao što je očigledno, ne prate uobičajeni režim parlamentarnih sistema podjele vlasti, budući da je izbor Komisije dominantno u rukama država članica, te da je drugi nosilac izvršne vlasti nezavistan od Parlamenta.³⁸⁹ Lisabonskim ugovorom uvodi se jedna novina u pogledu izbora predsjednika Komisije, koja predviđa da Evropski savjet, prilikom nominacije, uzima u obzir rezultate evropskih izbora (čl. 17(7) UEU), ali ova obaveza Evropskog savjeta nije precizno definisana. Ova odredba je, nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, poslužila Evropskom parlamentu da usvoji nekoliko rezolucija kojima se predviđa da evropske političke partije prije izbora (minimum 12 sedmica ranije) nominuju vodećeg ili tzv. špic kandidata (*spitzenkandidat*), te da onaj kandidat čiji partija osvoji najviše mjesta bude

³⁸⁹ Zato se EU sistem podjele vlasti može ocijeniti i kao polu-predsjednički, jer kombinuje parlamentarnu vladu sa jakim ovlaštenjima drugog, prilično nezavisnog nosioca izvršne vlasti. Schutze Robert, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2012.

nominovan od strane Evropskog savjeta za predsjednika Komisije. Po ovom principu je 2014. godine izabran predsjednik Komisije; međutim, princip nije primijenjen na narednim izborima i bio je predmet brojnih kritika, utemeljenih uglavnom na to da ima slabo uporište u pravu EU te da čl. 17 UEU ne nameće Evropskom savjetu obavezu da striktno vodi računa o stranačkim kandidatima. Kako se ističe, razlog za nepovjerenje prema ovom principu protivnici su našli u činjenici da se njim mijenja institucionalni balans uspostavljen Ugovorima između Evropskog savjeta i Parlamenta u odnosu na izbor Komisije, tj. da se njime povećava moć drugog na račun prvog, što je čak označeno kao „državni udar“ ili „puč“.³⁹⁰ Postupak izbora predsjednika Komisije stoga nastavlja da „zaobilazi“ sistem vodećih kandidata, te samim tim, smatramo, ostaje nedovoljno demokratski legitimisan, tj. nedovoljno povezan sa ishodom evropskih izbora i većinskom voljom građana EU. Smatramo da bi demokratska reforma odnosno reforma izbornih pravila trebalo da obuhvati i obavezu primjene *spitzenkandidaten* mehanizma, čime bi se nametnula precizna obaveza Evropskom savjetu prilikom imenovanja predsjednika Komisije. Stoga bi od velike važnosti bilo da novi Parlament nastavi sa debatom i promovisanjem ovog principa, u cilju njegovog formalizovanja, a s obzirom na izmijenjenu strukturu u Parlamentu i jačanje snaga koje su osporavale ovaj mehanizam, to svakako može biti izazovno.

Pored ovih najvažnijih rješenja, jedinstveni izborni postupak bi svakako obuhvatio i niz drugih pitanja, koja je adresirala Rezolucija Parlamenta: biračko pravo, jedinstveni uslovi ostvarivanja prava glasa za sve građane, pitanje registracije političkih partija i drugih izbornih subjekata te pravo kandidovanja na izborima, jedinstvena pravila izborne kampanje i finansiranja, jedinstveni izborni cenzus, pitanje veličine izbornih jedinica, jedinstveni datum održavanja izbora i brojna druga pitanja. Budući da ni dosadašnji naponi ka harmonizaciji izbornih pravila nisu urodili plodom, ovo je zasigurno izazovan i dugoročan zadatak. Svakako, smatramo da ovaj zadatak treba da ostane na vrhu agende novog Parlamenta, te da se nastavi sa reformskim inicijativama iz prethodnog mandata.

Pored osnaživanja pozicije Evropskog parlamenta, jedan od najvažnijih mehanizama za ulazni demokratski legitimitet jeste veća integracija

³⁹⁰ Novičić Žaklina, „Evroskepticizam i Evropski parlament: paradoks uzajamne legitimizacije“, *Međunarodni problemi*, Vol 71, Issue 2, 2019, 159-187.

participativnih elemenata u proces donošenja odluka, odnosno mobilizacija građana i civilnog društva. Potreba unaprijeđenja participativne i deliberativne demokratije u Uniji je dugo vremena u fokusu pažnje evropskih političkih lidera. Međutim, nailazi na skromnu realizaciju, usljed slabe zainteresovanosti građana Evropske unije. Kako se često ocjenjuje, zarad većeg učešća građana u oblikovanju politika EU, od velikog značaja bi bio izmijenjen, inovativan pristup građanskim panelima i skupovima, o najvažnijim zakonodavnim prijedlozima. Nemoguće je ne složiti se sa ovom ocjenom. Isto tako, moraju se zapaziti dosadašnji naponi u tom pravcu, naročito uspostavljanje i održavanje nekoliko *Evropskih građanskih panela* za diskutovanje i sačinjavanje konkretnih prijedloga i preporuka građana o određenim pitanjima. Međutim, ovi paneli još uvijek nisu postali regularni element demokratskog života u Evropskoj uniji, predstavljaju samo neformalni mehanizam. Zato bismo dodali da je potrebna formalizacija ovog mehanizma, kako bi adekvatno učešće građana postalo neizbježan element u procesima donošenja odluka i kreiranja politika. Dalji naponi Parlamenta i Evropske komisije u cilju formalizovanja panela i skupova građana su ključni, jer bi putem ovih mehanizama građani EU aktivno učestvovali u oblikovanju najvažnijih zakonodavnih prijedloga. Takođe, veća transparentnost političkih odluka, unaprijeđen sistem informisanja građana, prevazilaženje jaza između građana i institucija EU odnosno njihova veća povezanost, te u konačnom veće povjerenje građana u Evropsku uniju – zadaci su koji treba da budu na agendi institucija Evropske unije u narednom periodu.

IV Zaključak

U prethodnim odjeljcima izložili smo zapažanja u pogledu demokratskog legitimiteta Evropske unije, postojećih demokratskih deficita, te aktuelnih izazova koji mogu kompromitovati demokratsku reformu Evropske unije, u susret proširenju Unije i daljim integrativnim naporima. Indikator potencijalnih izazova očuvanju evropskih vrijednosti i interesa prepoznali smo u rezultatima izbora za Evropski parlament održanih u junu 2024. godine, te posljedičnoj konstelaciji moći i prilikama. Izmijenjen odnos snaga u Evropskom parlamentu sa značajno jačom desnicom, nezadovoljni građani, slaba zainteresovanost građana za evropska politička pitanja i evropske izbore – čine se kao važni izazovi unaprijeđenju demokratije u predstojećem periodu, koje je zagovarao prethodni saziv Evropskog

parlamenta. Uloga Evropskog parlamenta kao promotera liberalne demokratije i vladavine prava u Evropskoj uniji ubuduće može biti ugrožena. U svijetlu integracionih težnji sa jedne, te aktuelnih izazova sa druge strane, postavili smo pitanje temeljite reforme EU demokratije te mogućih mehanizama jačanja demokratskog legitimiteta EU. Iako reforma EU demokratije može predstavljati izazovan zadatak u predstojećem periodu, smatramo da je svakako neophodna, te da mora obuhvatiti raznovrsne pristupe, kako na planu jačanja EU parlamentarizma tako i u pogledu participativne demokratije. U domenu predstavničke demokratije, kao moguće pravce daljeg razvoja istakli smo: reformu izbornog prava Evropske unije koja će obuhvatiti uniformni izborni postupak na nivou Evropske unije, sa uvođenjem transnacionalnih izbornih listi, te obavezujućim sistemom „vođućih“ kandidata za izbor predsjednika Evropske komisije; pravo zakonodavne inicijative za Evropski parlament; proširenje redovnog zakonodavnog postupka na veći broj područja saradnje; kontrolu ministara u Savjetu prilikom usvajanja pravnih akata u posebnom zakonodavnom postupku; izmjene postupka delegacije zakonodavnih ovlašćenja. Svakako, većina ovih rješenja podrazumijevala bi formalnu izmjenu Osnivačkih ugovora, koja zahtijeva ratifikaciju od strane svih država članica, pa se ne može očekivati da će ova unaprijeđenja biti lako ostvariv zadatak. Ipak, treba imati na umu i mogućnost pojednostavljenog postupka revizije Ugovora kao i tzv. *passarelle* klauzulu³⁹¹, a oba mehanizma omogućavaju da izmjene Ugovora budu izvršene na manje formalan tj. implicitan način, uz odlučujuću ulogu Evropskog savjeta, a zaobilazeći redovni postupak revizije i formalnu ratifikaciju od strane država članica. To bi, opet, podrazumijevalo jedinstvenu političku volju predstavnika izvršne vlasti država članica (šefova država i šefova vlada). Konačno, pravac budućeg djelovanja koji stavljamo u fokus i smatramo najpotrebnijim, a to je izmjena izbornih pravila, podrazumijeva izmjenu „sekundarnih“ akata Evropske unije a ne Ugovora, iako po otežanom modelu tj. uz uslov saglasnosti država članica. Nesumnjivo, zadatak reforme izbornog prava EU trebalo bi da ostane na vrhu agende novog Parlamenta. Veoma je važno da Parlament nastavi sa reformskim inicijativama iz prethodnog mandata: sa debatom o izbornom postupku i *spitzenkandidaten* principu, te sa promovisanjem većeg učešća građana u oblikovanju politika, što je takođe inicirano u prethodnom Evropskom parlamentu. Kada je riječ o

³⁹¹ Čl. 48 UEU.

posljednjem, ne može se dovoljno naglasiti relevantnost djelovanja u tom pravcu. Od ključnog značaja za demokratiju u Evropskoj uniji je razvijanje „posredničkog prostora“ između vlasti i pojedinca (kako je to Tokvil nazvao), koji podrazumijeva podjelu vlasti ne samo između tri grane vlasti već i prema civilnom društvu, a taj prostor obezbjeđuju politička i građanska udruženja.³⁹² Na EU nivou, to bi podrazumijevalo veću transparentnost političkih odluka koje se donose u Evropskom parlamentu i ostalim institucijama, bolju povezanost institucija i građana, unaprijeđen sistem informisanosti građana, osnažen partijski sistem na EU nivou, te osobito jačanje mehanizama deliberacije, poput panela i skupština za raspravu o najvažnijim zakonodavnim prijedlozima, a naročito akcentujemo potrebu njihovog formalnog integrisanja u proces donošenja najvažnijih odluka. Osim proaktivnog djelovanja institucija Evropske unije u tom pravcu, temelj za jačanje „posredničkog prostora“ je zainteresovanost građana Unije. Opet, osnov zainteresovanosti je u osjećaju pripadništva odnosno poistovjećivanju sa kategorijom „građanstva Evropske unije“ i političkim posljedicama odluka koje se usvajaju na nivou Unije. Stoga, neophodno je podsticanje interesovanja građana Evropske unije da se u većoj mjeri poistovjećuju sa „evropskim javnim interesom“, koji će za njih biti od podjednakog značaja kao i nacionalni interesi, što je osnov jačanja zajedničkog identiteta i daljeg poboljšanja demokratskog legitimiteta.

³⁹² de Tocqueville Alexis, *Democracy in America* (1835), University of Chicago Press, 2002.

Marina JOVIĆEVIĆ, PhD*

STRENGTHENING THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE EUROPEAN UNION: CURRENT CHALLENGES AND POSSIBLE STRATEGIES

Summary

This article examines the need to strengthen the democratic legitimacy of the European Union in the further progress of the European integration process, in a time characterized by numerous challenges for the defense of European values and interests. Ever since the establishment of the first European Communities and then the European Union, and especially with the increasingly significant increase in their competences, the question of the legitimacy of these communities has been raised, which could only find its basis in the European Parliament as the representative body of EU citizens. Although the democratic deficit has been partially alleviated by the continued strengthening of the European Parliament role, serious shortcomings have certainly not been eliminated. Since the European Union is striving for enlargement in the coming period as well as reforms in numerous policy areas in order to operate efficiently in the future, EU citizens' endorsement of these processes is a necessary condition. On the other hand, the 2024 European elections showed numerous challenges for democracy, primarily the weakening of democratic and pro-European forces. Although the reform of EU democracy may therefore represent a challenging task in the coming period, we believe that it is certainly necessary and that it must include diverse approaches, both in terms of strengthening EU parliamentarism and participatory democracy. The article analyzes and proposes concrete mechanisms for the improvement of both democracy models, emphasizing among other things the need to reform the electoral procedure and strengthen the mechanisms of democratic participation, which means greater

* Faculty of Law, University of Montenegro, email: marinajovicevic@gmail.com

participation of citizens as an inevitable element of shaping policies in the European Union.

Keywords: *democratic legitimacy, representative democracy, participatory democracy, European Parliament, European Union, reform*

Literatura

Bačić Arsen, „O položaju, ulozi i značaju nacionalnog parlamenta u EU konstitucionalizmu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 43, 2/2006

Fleiner Thomas, Basta Fleiner Lidija, *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg

Fridrih Karl Joakim, *Konstitucionalizam (Ograničavanje i kontrola vlasti)*, CID, Podgorica, 1996.

Habermas Jurgen, „Why Europe Needs a Constitution“, *New Left Review*, No. 11, 2001.

Košutić Budimir, *Osnovi prava Evropske unije*, CID, Podgorica, 2014.

Lupo Nicola, „After the 2024 EP elections, the complexity and arrhythmias of EU parliamentary democracy have become even more evident“, *The European Parliament elections in 2024* (ur. Tanja Cerutti & Federico Savastano), Giappichelli, 2024.

Majer Tomas, *Identitet Evrope*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.

Marković Ratko, *Ustavno pravo i političke institucije*, IP Justinijan, Beograd, 2003.

Moravcsik Andrew, „The Myth of Europe's 'Democratic Deficit'“, *Intereconomics*, Vol. 43, 2008.

Mudde Cas, „The Far Right and the 2024 European Elections“, *Intereconomics*, 59 (2), 2024.

Nicolaidis Kalypso, „The Idea of European Democracy“, *Philosophical Foundations of Law*, Oxford, 2012.

Novićić Žaklina, „Evroskepticizam i Evropski parlament: paradoks uzajamne legitimizacije“, *Međunarodni problemi*, Vol 71, Issue 2, 2019.

Radić-Milosavljević Ivana, Milovanović Ivan, „Izbori za Evropski parlament: od nacionalnih izbora drugog reda do evropeizovanog drugorazrednog takmičenja“, *Godišnjak Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu*, Vol. 13, 2019.

Samardžić Slobodan, „Postoji li demokratija u nadnacionalnoj zajednici? Jedinstven slučaj Evropske unije“, *Država i demokratija* (ur. Milan Podunavac), JP Službeni glasnik, 2010.

Schutze Robert, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2012.

de Tocqueville Alexis, *Democracy in America (1835)*, University of Chicago Press, 2002.

Weiler Joseph H. H, „In defence of the status quo: Europe’s constitutional Sonderweg“, *European Constitutionalism Beyond the State* (ur. Joseph H. H. Weiler & Marlene Wind), Cambridge University Press, 2003.

Weiler Joseph H. H, „Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts“, *The Worlds of European Constitutionalism* (ur. Grainne de Burca & Joseph. H. H. Weiler), Cambridge University Press, 2012.

dr Sanja GRBOVIĆ*

DIGITALNA TRANSFORMACIJA JAVNE UPRAVE U CRNOJ GORI KROZ PRIZMU EU INTEGRACIJA SA OSVRTOM NA UPOREDNU PRAKSU ZEMALJA ZAPADNOG BALKANA

Sažetak

Prethodnih godina, više zemalja širom svijeta je započelo proces modernizacije, tačnije, digitalizacije javne uprave u cilju poboljšanja efikasnosti sistema i racionalizacije troškova. Uporedo sa procesom digitalizacije, radilo se i na polju administracije, u smislu optimizacije birokratskih procedura, ali i na jačanju demokratije, odnosno transparentnosti samog sistema e-uprave. Predstojeći rad ima za cilj da prikaže proces digitalizacije javne uprave u Crnoj Gori, koji će biti predstavljen kroz analizu dviju Strategija, i to Strategije reforme javne uprave za period 2022-2026, kao i Strategije digitalne transformacije, takođe za period 2022-2026. Reformski proces koji je u toku ima prvenstveno za cilj kreiranje učinkovite e-uprave koja bi bila kadra pružiti kvalitetne usluge građanima i privredi, a ujedno ispunila neophodne kriterijume koji su potrebni Crnoj Gori na putu EU integracija. S tim u vezi, u Izvještaju Evropske komisije za Crnu Goru za 2022. godinu dat je zaključak da je Crna Gora umjereno spremna za reformu javne uprave, priznajući određeni napredak koji, nažalost, i dalje nije dovoljan da bi zadovoljio evropske standarde. U radu biće dat osvrt i na uporednu praksu zemalja regiona, dajući jedan sveobuhvatan pregled aktuelnog stanja digitalizacije e-uprave u zemljama Zapadnog Balkana, izdvajajući neke od najboljih praksi koje su se pokazale izuzetno efikasne u pružanju elektronskih usluga korisnicima. Autorka zaključuje da u procesu digitalizacije javne uprave u Crnoj Gori još uvijek ima prostora za unapređenjem, kao i da kreiranje „administracije bez papira“ jeste jedan vrlo zahtjevan projekat koji će u narednom periodu u značajnoj mjeri okupirati resorna ministarstva, a sve u cilju ispunjenja kriterijuma iz EU agende.

Ključne riječi: e-uprava, digitalizacija, Crna Gora, proces EU integracija

I Uvodna razmatranja

Govoreći o digitalnoj transformaciji, važno je, na samom početku dati tačnu odrednicu informacionih tehnologija koje su zadužene za sprovođenje digitalizacije usluga i podataka. U tom smislu pod informacionim tehnologijama podrazumijevaju se tehnologije koje „*pomoću računara i računarskih programa pretvaraju, skladište, štite, obrađuju, primaju informacije i bezbjedno ih šalju u etar*“³⁹³. Pojedini autori digitalnu transformaciju smatraju čak Četvrtom industrijskom revolucijom, koja „*može dati snažan stimulans dugoročnom ravoju svih oblasti privrede*“³⁹⁴. Proces digitalne transformacije javne uprave omogućava građanima online pristup administrativnim uslugama u bilo koje vrijeme i sa bilo koje lokacije, koristeći uređaje poput pametnih telefona, računara i slično. Ova transformacija značajno povećava efikasnost, transparentnost i odgovornost u vođenju javnih poslova, utičući na smanjenje korupcije samim tim što elektronski sistemi unapređuju kvalitet demokratskog upravljanja. Pružanjem javnih usluga u elektronskom formatu, javna uprava postaje prepoznatljiva pod nazivima poput e- uprava, online uprava ili digitalna uprava, dok se kao posljedica ubrzanog razvoja informacionih i komunikacijskih tehnologija (IKT), istovremeno ubrzano razvijaju i novi oblici participacije građana u kreiranju javnih politika.³⁹⁵

Evropska unija je još prije dvije decenije počela sa nizom akcionih planova kako bi odredila 20 ključnih usluga koje bi svaka država članica trebala obezbijediti svojim građanima online, smatrajući da je za jačanje jedinstvenog tržišta neophodno sprovesti digitalnu transformaciju kojom će se uvećati dostupnost javnih usluga na internetu. Za privatni sektor predviđeno je osam javnih usluga (postupci javne nabavke, plaćanje poreza na dobit, registracija preduzeća, carinske deklaracije, dozvole iz područja zaštite životne sredine, dostave statističkih podataka, plaćanje PDV-a i doprinosa), dok je za građane predviđeno 12 (usluge u zdravstvu, prijava i plaćanje poreza na prihod, upis na fakultet, podnošenja policijskih prijava,

* Saradnica u nastavi, Pravni fakultet Univerzitet Crne Gore; e-mail: sanjag@ucg.ac.me; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3172-8136>

³⁹³ Naj, Dž, *Budućnost moći*, Arhipelag, Beograd, 2015.

³⁹⁴ Milovanović, M., *Digitalna diplomatija – razvoj, pojam, izazovi i mogućnosti*, Forum mladih Evropskog pokreta u Srbiji, Beograd, 3, 2017.

³⁹⁵ Bedeković M., Grubišić K. *Digitalizacija javne uprave i njena primjena u odabranim područjima*, Zagrebačka pravna revija, Vol.13, No.1. 2024.

dobijanje izvoda iz matičnih knjiga rođenih i vjenčanih, prijave boravišta i prebivališta, dobijanje naknada iz socijalnih osiguranja, traženje posla, registracija vozila, podnošenje građevinskih dozvola i izdavanje ličnih dokumenata).

U većini država EU proces digitalizacije javne uprave je daleko odmakao, kao što je primjer Estonije u kojoj su, jedino za potrebe vjenčanja, razvoda i kupovine nekretnine njeni građani primorani lično se uputiti u nadležni organ državne uprave.³⁹⁶ Što se tiče aspekta uštede troškova, Danska je elektronskim fakturisanjem poreskim obveznicima godišnje uštedjela 150 miliona eura, dok su u Italiji zahvaljujući sistemima e-nabavke smanjeni troškovi za više od 3 milijarde eura. Evropski parlament je u aprilu 2023. godine podržao proces digitalizacije javnih usluga unutar Unije³⁹⁷ radi pojednostavljivanja administrativnih poslova svojim građanima. Cilj EU jeste da se do kraja 2030. godine sprovede sveobuhvatna digitalna transformaciju polazeći od unapređenja digitalnih vještina građana (kako bi 80% građana bilo u stanju da koristi digitalno identifikacijsko sredstvo)³⁹⁸, digitalne infrastrukture, digitalizacije preduzeća i javnih usluga. U tom smislu, još jednom je istaknuto kako bi digitalizacija trebala biti sastavni dio svih državnih politika, kao i administrativnih postupaka, tj. e-uprava bi trebala biti primarni način funkcionisanja javnih službi osiguravajući punu dostupnost javnih usluga svim građanima.

II Nacionalni pravni okvir

U Crnoj Gori raste svijest o značaju digitalne transformacije. Osim strateških dokumenata koji su direktno povezani s uvođenjem i korišćenjem novih tehnologija, imamo niz sektorskih strategija koje obuhvataju određene aspekte digitalne transformacije, najviše kroz uvođenje novih informacionih sistema, digitalizacije podataka i digitalizacije usluga.

³⁹⁶ Radnović B., *Digitalizacija procesa usluživanja građana kao korisnika javnih usluga u funkciji ekonomskog razvoja-situaciona analiza Republike Srbije*, Baština, Priština-Leposavić, sv.54, 2021, 151.

³⁹⁷ Predlog rezolucije Evropskog Parlamenta o e-upravi za brži razvoj digitalnih javnih usluga kojima se unapređuje funkcionisanje jedinstvenog tržišta 2022/2036(INI).

³⁹⁸ Odbor Evropskog Parlamenta za građanske slobode, pravosuđe i unutrašnje poslove u svom je mišljenju upozorio da samo 54% građana EU-a u dobi od 16 do 74 godine posjeduje osnovne digitalne vještine.

Kako bi se postavili realno ostvarivi ciljevi, potrebno je analizirati stepen digitalnog razvoja Crne Gore. Prema istraživanju Ujedinjenih nacija (UN eGovernment Survey), Crna Gora se 2022. godine nalazila na 71. mestu na globalnoj listi razvoja e-uprave (od ukupno 193 zemlje) čime bilježi pad za 13 mjesta u odnosu na 2018. godinu kada je zauzimala 58. mjesto, odnosno pad od 26 mjesta u odnosu na 2014. godinu, kada je zauzimala 45. mjesto.³⁹⁹

Što se tiče Indeksa elektronske participacije (eng. e-Participation Index), koji mjeri upotrebu elektronskih usluga putem kojih javna uprava pruža informacije građanima, omogućava interakciju sa zainteresovanim stranama kao i učešće u procesu donošenja odluka i kreiranju politika, status Crne Gore se značajno promijenio. U 2022. godini, pozicija Crne Gore prema ovom pokazatelju je značajno opala u odnosu na 2016. godinu, kada je stupila na snagu Strategija razvoja digitalnog društva 2016-2020. Crna Gora je sa 17. mjesta u 2016. godini pala na 83. mjesto u 2022. godini (dok je u 2020. godini bilježila još drastičniji pad, zauzimajući 100. mjesto).⁴⁰⁰

Kada govorimo o zakonodavnom okviru digitalne transformacije javne uprave u Crnoj Gori, prvenstveno se ističu Strategija reforme javne uprave i Strategija digitalne informacije za period 2022/26 godine⁴⁰¹ kojima se teži izvršiti unapređenje procesa digitalizacije usluga javne uprave. Pomenute Strategije bi trebale raditi na uvećanju broja usluga koje se nude na jedinstvenom portalu⁴⁰² do 2026 godine, kao i na uvećanju broja međusobno povezanih elektronskih registara koji se nalaze u posjedu institucija (sa trenutnih 8 na čak 50 do 2026. godine). S' druge strane ne treba zanemariti i značaj uvezivanja svih lokalnih samouprava na jedinstveni sistem za elektronsku razmjenu podataka (JSERP⁴⁰³).⁴⁰⁴

³⁹⁹ Više informacija dostupno na: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Data/Country-Information/id/114-Montenegro>

⁴⁰⁰ Više informacija dostupno na: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Data/Country-Information/id/114-Montenegro>

⁴⁰¹ Dokumenti dostupni na: <https://www.gov.me/dokumenta/d549cffb-73ce-4dfe-b255-7cbf41c63bb5>

⁴⁰² Radi se o uvođenju 20 životnih usluga i to: e-student, e-rođenje, e-upis, eNVO registracija, e-stručni ispit itd.

⁴⁰³ Samo 12 registara je povezano na JSERP do kraja 2022. godine

⁴⁰⁴ Od 2015. godine kada je Vlada razmatrala uvođenje registara državne uprave i jedinica lokalne samouprave, nemamo i dalje podatke o broju registara u Crnoj Gori, kao ni informaciju o tome koliko je njih dostupno u papirnom formatu a koliko u elektronskom formatu.

Obije Strategije analizirale su zakone koji se bave oblašću digitalne transformacije i to: Zakon o elektronskoj upravi⁴⁰⁵ Zakon o elektronskoj identifikaciji i elektronskom potpisu⁴⁰⁶ Zakon o elektronskom dokumentu⁴⁰⁷ Zakon o uslugama⁴⁰⁸ Zakon o informacionoj bezbjednosti⁴⁰⁹ Zakon o slobodnom pristupu informacijama⁴¹⁰ Zakon o zaštiti ličnih podataka⁴¹¹ Zakon o upravnom postupku⁴¹² Zakon o elektronskim komunikacijama⁴¹³ Zakon o zdravstvenoj zaštiti⁴¹⁴ Zakon o određivanju i zaštiti krivične infrastrukture⁴¹⁵ i Zakon o ličnoj karti⁴¹⁶.

Analizirajući navedene strategije, važno je istaknuti izazove na koje svaka od njih ukazuje iz svoje perspektive, kako bismo dobili bolji uvid u trenutno stanje digitalizacije javne uprave i započeli unapređenje efikasnosti i pristupačnosti e-uprave. Tako neke od prvih izazova koje susrećemo jeste problem nedovoljne upotrebe e-usluga, jer većina tih usluga i dalje ne može u potpunosti biti realizovana elektronskim putem, dok za usluge za koje je obezbijeđena kompletna digitalizacija, korisnici ne uspijevaju dobiti povratne informacije o statusu svojih zahtjeva.

Broj korisnika e-usluga je izuzetno nizak, što se može opravdati i nedovoljnom promocijom prisutnosti digitalizacije pomenutih usluga na nivou države, kao i zbog neinkorporiranosti sistema za elektronsku identifikaciju i plaćanje. S druge strane, potreba za unapređenjem digitalne pismenosti crnogorskog društva, svakako predstavlja ne malu prepreku u realizaciji i kompletiranju e-usluga, kao i pitanje eventualne zloupotrebe ličnih podataka prilikom korišćenja digitalnih usluga, čime se uvećava stepen nepovjerenja građana u elektronske usluge.⁴¹⁷

⁴⁰⁵ Službeni list Crne Gore, br.72/19.

⁴⁰⁶ Službeni list Crne Gore, br.31/17 i 72/19.

⁴⁰⁷ Službeni list Crne Gore, 132/2022.

⁴⁰⁸ Službeni list Crne Gore br.71/17 i 67/19.

⁴⁰⁹ Službeni list Crne Gore br.14/10, 40/16, 74/20 i 67/21.

⁴¹⁰ Službeni list Crne Gore br.44/12 i 30/17.

⁴¹¹ Službeni list Crne Gore, br.79/08, 70/09, 44/12, 22/17.

⁴¹² Službeni list Crne Gore, br.56/14, 20/15, 40/16, 37/17.

⁴¹³ Službeni list Crne Gore, br. 40/13, 56/13, 02/17, 49/19.

⁴¹⁴ Službeni list Crne Gore, br. 3/16, 39/16, 2/17, 44/18, 24/19, 82/20, 8/21.

⁴¹⁵ Službeni list Crne Gore, br. 72/19.

⁴¹⁶ Službeni list Crne Gore, br.12/07, 73/10, 28/11, 50/12, 10/14, 18/19.

⁴¹⁷ Kroz Strategiju reforme javne uprave, planira se kreiranje kataloga *offline* i *online* usluga sa analizom njihovog kvaliteta u odnosu na ključni parametar tzv. "*human centered design*",

Još jedan dokument od značaja u ovoj oblasti jeste i Analiza stanja elektronskih usluga sa predlogom mjera za njihovo unaprjeđenje⁴¹⁸ iz 2020. godine, koji kao ključan izazov u integraciji e-usluga prepoznaje nivo sofisticiranosti isith, što u doba tehnoloških transformacija, može izazvati značajne probleme u daljem procesu modernizacije javne uprave. Deficitarnost IT kadra, nedovoljna edukacija zaposlenih, kao i nedovoljno razvijena IT industrija u Crnoj Gori svakako diktiraju dalji tempo procesa digitalnih transformacija, koji su danas postali imperativ razvoja jednog društva.

Zakon o elektronskoj upravi⁴¹⁹ u čl. 3 definiše način funkcionisanja elektronske uprave koja djeluje preko jedinstvenog informacionog sistema organa, informaciono-komunikacione mreže organa i sistema za elektronsku razmjenu podataka (kao i preko informacionih sistema koji su uspostavljeni od strane drugih organa i subjekata). Obaveza vođenja metaregistra definisana je čl. 23, u cilju stvaranja uslova za elektronsku razmjenu podataka, a koji podrazumijeva skup podataka o elektronskim registrima i informacionim sistemima kojima upravljaju organi javne uprave. Metaregistar koji je dostupan za pregled na portalu otvorenih podataka⁴²⁰, sadrži informacije o 16 različitih registara koji su pretežno u nadležnosti MUP-a, Ministarstva prosvjete, Ministarstva pravde, kao i Ministarstva rada i socijalnog staranja, dok registri lokalnih samouprava nedostaju iz razloga što se u većini opština evidencije i dalje vode putem upisa u štampane knjige, dakle bez pohrane podataka on line.

Što se tiče Zakona o elektronskom dokumentu,⁴²¹ isti definiše, u čl. 2, elektronski dokument kao skup podataka koji su „*elektronski oblikovani ili skladišteni na elektronskom, magnetnom, optičkom ili drugom mediju i koji*

što bi zasigurno moglo dovesti do napretka u daljem procesu digitalizacije usluga u svim sektorima jer bi se uočili nedostaci i poboljšale performanse informacionih sistema čime bi se isti bolje prilagodili potrebama stanovništva. Na osnovu izvještaja o realizaciji Strategije u 2022. godini, kreiranje pomenutih kataloga je započeto, ali još uvijek nije finalizirano.

⁴¹⁸ Analiza dostupna na:

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://wapi.gov.me/download/e965f2a4-7eb5-452f-b81d-813d0c56ca43%3Fversion%3D1.0&ved=2ahUKEwjLrIj7-f6HAXWbhv0HHSJtPTcQFnoECBcQAQ&usq=AOvVaw00obYGQ3X5i3XjHm-fzgcy>

⁴¹⁹ Službeni list CG, br.72/2019.

⁴²⁰ Portal otvorenih podataka dostupan na: <https://data.gov.me/>

⁴²¹ Službeni list CG, br. 132/2022.

sadrže svojstva pomoću kojih se identifikuje stvaralac, utvrđuje vjerodostojnost sadržaja i dokazuje nepromjenjivost sadržaja u vremenu“. Kada govorimo o pravnoj valjanosti elektronskog dokumenta, čl. 6 Zakona navodi uslove pod kojima se elektronski dokument ima za smatrati pravno valjanim dokumentom i to ukoliko je urađen, čuvan i skladišten upotrebom dostupne informacione tehnologije, ako ima informacionu cjelovitost i jednoznačno obilježje na osnovu kojeg se nedvosmisleno može izvršiti identifikacija stvaraoca dokumenta (čl.7), zadovoljava strukturu dokumenta propisanu čl. 8 Zakona i može se prikazati u formi obrasca čija forma je definisana čl. 9 zakona. Dakle, zahvaljujući ovom Zakonu, digitalizovani akt ima istu dokaznu snagu kao i originarni akt pod uslovom da je digitalizacija sprovedena na zakonom propisan način, što u značajnoj mjeri može olakšati i ubrzati administrativne poslove.

Takođe je bitno pomenuti da uvođenje novih ličnih karata predstavlja značajnu priliku za ubrzanje digitalne transformacije, jer one dolaze sa besplatnim digitalnim sertifikatima za kvalifikovani elektronski potpis i elektronsku identifikaciju.⁴²² Naime, izmjene Zakona o ličnoj karti predviđaju da lična karta bude elektronska javna isprava, koja sadrži sertifikat za elektronsku identifikaciju i sertifikat za kvalifikovani elektronski potpis.

Govoreći o upotrebi i proizvodnji podataka, bitno je pomenuti i Strategiju razvoja zvanične statistike za period 2019/2023⁴²³, koja se smatra krovnim dokumentom za upravljanje i proizvodnju podataka od strane institucija u Crnoj Gori, a koja je uočila važnost korišćenja novih tehnologija u procesu prikupljanja podataka kroz nova ulaganja u IT sistem za prikupljanje, obradu i diseminaciju podataka.

U decembru 2021. godine Vlada Crne Gore je usvojila i Strategiju digitalizacije obrazovnog sistema⁴²⁴ koja je predstavljena sa tri ključna

⁴²² Lična karta kao novi eID nosilac je značajan napredak u ovoj oblasti jer se može koristiti za usluge koje zahtijevaju najviši nivo usluga od poverenja za građane.

⁴²³ Strategija dostupna on line na:

https://www.monstat.org/userfiles/file/o%20nama/2019/Strategija%20razvoja%20zvanicne%20statistike%202019-2023%20-%20finalna%20verzija%20poslata%20za%20Sekretarijat%20za%20zakonodavstvo%20-%202011_09_2019_%20-%20FINALE.pdf

⁴²⁴ Strategija dostupna on line na:

<https://www.unicef.org/montenegro/media/22606/file/Strategija%20za%20digitalizaciju%20obrazovnog%20sistema.pdf>

strateška cilja i to: unapređenje informacionog sistema obrazovanja, razvoj i unapređenje digitalnog ekosistema, kao i razvoj i unapređenje digitalnih vještina. Kako je uočeno, naročito u periodu pandemije izazvane virusom COVID-19, kada je vršena analiza sektora obrazovanja, škole nisu imale dovoljan kapacitet da koriste digitalne tehnologije, dok je svako šesto dijete u Crnoj Gori bilo bez kompjutera i samim tim nije bilo u mogućnosti da prati nastavu on line.⁴²⁵

A. U kom smjeru napreduje proces digitalizacije javne uprave u Crnoj Gori?

U posljednjih nekoliko godina postignut je određeni napredak u oblasti digitalizacije, što je potvrđeno u brojnim međunarodnim izveštajima. Jedan od njih je Digital Public Administration Factsheet, koji je izradila Evropska komisija, i koji naglašava potrebu za usklađivanjem standarda u ovoj oblasti sa evropskim. U Izveštaju Evropske komisije o napretku Crne Gore za 2022. godinu⁴²⁶ navodi se da je Crna Gora samo djelimično spremna za reformu javne uprave, što naše građane stavlja u nepovoljan položaj u poređenju sa građanima Evropske unije u pogledu dostupnosti e-usluga.

Interesantno je zapaziti da su u Izvještaju Komisije istaknuta kao dva primarna cilja Strategije digitalne transformacije za period 2022/26, unapređenje kapaciteta za digitalnu transformaciju, kao i jačanje digitalne svijesti crnogorskog sruštva i digitalne konkurentnosti sektora informacione i komunikacione tehnologije.⁴²⁷ U tom smislu, radi unapređenja efikasnosti rada javne uprave, kao i racionalizacije troškova, fokus je dat na projekat “*Administracija bez papira*”, tačnije kreiranje digitalne(online) administracije.

Ministarstvo javne uprave upravlja portalom e-uprava.me još od 2016. godine, i ono služi kao primarno mjesto za pružanje usluga javne administracije putem interneta. Na portalu postoje 383 aktivne usluge, koje su u nadležnosti 39 institucija, dok je u tabeli koja slijedi dat pregled

⁴²⁵ Analiza sektora obrazovanja 2015-2020 dostupna na:

<https://www.unicef.org/montenegro/media/22586/file/ESA%20-%20CG%20verzija.pdf>

⁴²⁶ European Commission Montenegro 2022 Report, dostupno na: https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/montenegro-report-2022_en

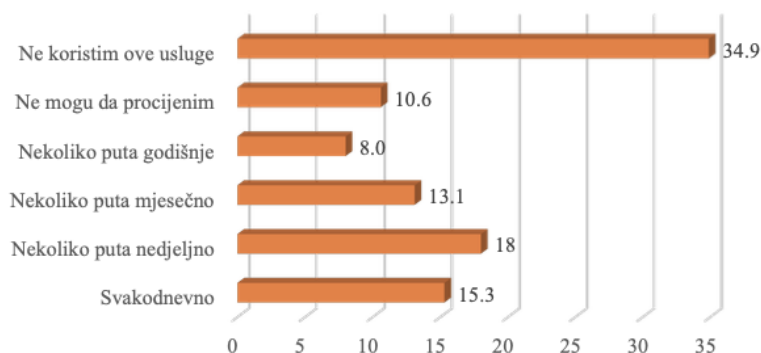
⁴²⁷ “Otključavanje digitalnog potencijala- analiza stanja e-uprave u Crnoj Gori” Centar za građansko obrazovanje, studija je dio projekta „E-dukacijom do PARTicipacije“ koji se sprovodi sa Ministarstvom javne uprave, Podgorica, 2023, 17.

učestalosti obavljanja e-usluga koje je preuzeto iz Izvještaja “Digitalizacija javne uprave: Ocjene zadovoljstva postojećim i identifikacija poteba za novim e-uslugama” koju je UNDP i Ministarstvo javne uprave predstavilo u periodu decembar 2021-februar 2022. godine.⁴²⁸

Grafik 2 Učestalost obavljanja e-usluga, u %

Koliko često koristite e-usluge?

Baza: Cjelokupna populacija ispitanika, 1076



Na osnovu predstavljenog grafika, da se uočiti da e-usluge najviše koriste ispitanici starosti od 25 do 35 godina, a najmanje starija populacija, što nam opet ukazuje na potrebu informatičke edukacije šire populacije kako bi imali veći broj korisnika pomenutih usluga.

Takođe je interesantno imati uvid u tabelu koja prikazuje način korišćenja usluga javne uprave, koja je takođe sastavni dio gore pomenutog Izvještaja:

⁴²⁸ Izvještaj dostupan na:

<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/me/undp-mne-2022-Digitalizacija-javne-uprave---istrasivanje-sa-gradjanima.pdf>

Tabela 4. Načini korišćenja različitih usluga javne uprave, u %

	e-mail	Lično	Mobilne aplikacije	Portal eUprave	Poštom	Putem drugih e-portala	Telef.	Nijesam koristio/la
Izdavanje ličnih dokumenata	0.7	74.1	0.0	0.9	0.3	0.8	2.3	20.9
Izvodi i uvjerenja iz matičnih registara	1.1	72.5	0.0	1.4	0.6	1.1	1.3	22.0
Promjena adrese prebivališta	0.7	33.1	0.0	0.3	0.4	0.4	1.6	63.4
Dostavljanje podataka iz kaznene i/ili prekršajne evidencije za fizička lica	1.4	21.3	0.0	0.3	1.8	0.3	1.6	73.3
Zahtjevi, potvrde i obrasci koje izdaju Glavni grad, Prijestonica, lokalne samouprave	2.2	32.2	0.0	3.3	1.6	2.6	1.7	56.4
Prijava gradnje/Legalizacija objekta	0.7	20.2	0.0	0.5	0.5	0.6	1.5	76.1
Katastarske usluge	1.3	27.2	0.0	0.8	0.7	1.2	2.5	66.3
Plaćanje poreza na nepokretnost	0.9	32.5	0.0	0.5	3.2	0.5	1.3	60.1
Registracija vozila	0.4	59.9	0.0	0.3	0.3	0.2	1.0	38.0
Provjera podataka u biračkom spisku	0.7	14.8	0.0	6.8	1.2	5.4	9.2	61.9
Upis u obrazovno-vaspitne ustanove (fakultete, škole, vrtiće)	3.0	32.2	0.0	3.3	0.5	3.6	1.6	55.8
Apliciranje za stipendiju	2.2	8.0	0.0	1.6	0.6	1.2	1.3	85.1
Apliciranje za studentski dom	1.2	8.6	0.0	0.9	0.5	0.3	0.5	88.0
Apliciranje za studentski kredit	1.5	7.3	0.0	2.7	0.5	0.3	0.4	87.4
Prijavljivanje za polaganje stručnog ispita za rad u državnim organima	1.4	12.1	0.0	1.7	1.1	0.5	1.6	82.2
Pokretanje sopstvenog biznisa/Registracija NVO	0.7	8.2	0.0	0.3	0.2	0.6	0.7	89.4
Prijava korupcije	0.7	3.3	0.0	0.4	0.4	0.7	1.5	93.1
Upis u Registar poljoprivrednog gazdinstva	0.7	6.2	0.0	0.2	0.6	0.2	0.5	91.7
Evidencije i zahtjevi vezani za polj. djelatnost	0.5	6.3	0.0	0.3	0.7	0.3	1.2	90.8
Prijava rođenja djeteta/Zahtjev za dječji dodatak	0.7	18.3	0.0	0.3	0.3	0.4	0.5	79.6
Zahtjevi za penzionisanje	0.4	9.0	0.0	0.6	0.3	0.3	0.7	88.8
Zakazivanje pregleda kod ljekara	0.9	38.5	2.9	7.3	0.1	6.9	24.0	19.4
Uvid u rezultate laboratorijskih nalaza	7.1	41.0	4.1	6.8	0.1	10.7	10.6	19.7
COVID 19 – dobijanje rezultata testiranja i COVID potvrda	10.4	22.0	5.5	10.2	0.1	14.2	12.1	25.5
Druge usluge iz domena zdravstvenog osiguranja (konzilijum, recepti, dostupnost lijekova, ostvarivanje prava iz zdravstvenog osiguranja)	1.6	39.5	2.1	3.1	0.4	3.5	8.7	41.1

Ovom prilikom bitno je napomenuti da u okviru portala e-uprava postoji i podportal eParticipacija, koji građanima omogućava da elektronskim putem učestvuju u javnim raspravama o svim strateškim i zakonskim dokumentima koje donosi Vlada Crne Gore. Građani na taj način mogu izraziti svoje mišljenje o važnim pitanjima koja utiču kako na njihov život, tako i zajednicu u kojoj žive i samim tim doprinose daljem razvoju demokratskih procesa. Ovaj sistem obuhvata četiri modula: javne rasprave, konsultacije, pozive za učešće u radnim grupama i javna obavještenja. Međutim, na osnovu istraživanja sporvedenih u periodu 2021/2022 godine, imamo podatak da više

od 2/3 građana nije upoznato sa postojanjem ovog portala, dok je čak svaki šesti ispitanik upoznat ali nije koristio portal.⁴²⁹

U okviru sistema eParticipacija, posebno se ističe portal Glas građana – ePeticije, koji je pokrenut 2012. godine, a obnovljen je i ponovo pušten u rad 2021. godine. Ovaj portal je osmišljen da istovremeno poveća transparentnost rada Vlade i unaprijedi participativnu demokratiju kroz građanske inicijative, omogućavajući podnošenje i potpisivanje elektronskih peticija. Prema posljednjim podacima preuzetim sa portala e-peticije, imamo podatak da je do sada podnijeto 83 peticija Vladi Crne Gore, dok je svega 11.202 građana glasalo za neku od peticija.⁴³⁰

a) Pitanje sajber bezbjednosti

Za pouzdanu primjenu i korišćenje elektronskih identifikacionih dokumenata, neophodno je obezbijediti sigurnu infrastrukturu, kao i povjerenje korisnika u te sisteme. Od kada je Crna Gora postala članica NATO-a 5. juna 2017. godine, značaj sajber bezbjednosti dodatno je porastao. Strategija sajber bezbjednosti Crne Gore za period 2022-2026. godine razvijena je u skladu sa međunarodnim standardima kako bi se izgradio integrisan, funkcionalan i efikasan sajber prostor.⁴³¹ Prema Globalnom indeksu sajber-sigurnosti Crna Gora se krajem 2023. godine nalazila na 87. mjestu među 175 država članica.⁴³² Ovom prilikom važno je pomenuti da je, 17. maja 2019. godine, Crna Gora je postala i član Evropskog centra izvrsnosti za suzbijanje hibridnih pretnji sa sjedištem u Finskoj.

Sajber napad iz 2022. godine izazvao je veliku bojazan među crnogorskim institucijama, upravo iz razloga nepostojanja jasne i konkretne strategije i odgovora na sajber incidente. Ministarstvo javne uprave je i ranije upozoravalo na pomenuti nedostatak, ukazujući na potrebu promptnog djelovanja, što se da uočiti i u Strategiji sajber bezbjednost za period 2022-

⁴²⁹ Izvještaj dostupan na:

<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/me/undp-mne-2022-Digitalizacija-javne-uprave---istrasivanje-sa-gradjanima.pdf>, 20.

⁴³⁰ Kao i za portal eParticipacija, i ovdje imamo 2/3 ispitanika koje nije bilo upoznato sa njegovim postojanjem.

⁴³¹ Tekst Strategije dostupan na: <https://www.gov.me/dokumenta/85e2a9d0-0d3c-483a-9822-515d3b7798de>

⁴³² <https://ncsi.ega.ee/country/me/>, pristup 20.08.2024.

2026⁴³³, koja ukazuje na brojna neispunjena mjerila iz prethodne strategije, naročito u pogledu zaštite kritične infrastrukture i centralizacije sajber ekspertize i resursa. Nova strategija za sajber bezbjednost prvenstveno je fokusirana na jačanje kapaciteta u ovoj oblasti, ne samo ljudskih već i finansijskih, omogućavajući davanje brzog odgovora na sajber incidente, radeći na dodatnoj edukaciji i mjerama prevencije, sa posebnim akcentom na bolju zaštitu podataka i saradnje. Sajber napad iz 2022. godine je u neku ruku otvorio oči, kako stručnoj, tako i laičkoj javnosti o potrebi bolje pripreme crnogorske infrastrukture na mogućnost budućih sajber napada, izbjegavajući ponovni gubitak značajnog dijela arhivske građe i dokumenata u izradi.

Vlada Crne Gore je u julu 2022. godine osnovala Savjet za informacionu bezbjednost, čiji je glavni zadatak da informiše Vladu o važnim pitanjima iz oblasti informacionih tehnologija i sajber bezbjednosti. Savjet takođe predlaže mjere za poboljšanje kvaliteta sistema i unapređenje saradnje među institucijama. Međutim, uočeni su problemi netransparentnosti rada Savjeta koji se ogledaju u tome što su svi zapisnici sa sjednica označeni kao "interno", dok s druge strane ne postoji dostupna informacija o broju održanih sjednica, dnevnom redu i sličnim detaljima. Ovakva oznaka tajnosti bi trebalo da se primjenjuje samo na one tačke koje podliježu ograničenju pristupa informacijama u skladu sa važećim propisima.

Na osnovu godišnjeg izvještaja⁴³⁴ Ministarstva javne uprave za 2022. godinu, od 39, čak 28 institucija nema sopstvenu IT podršku, što neminovno dovodi resorno Ministarstvo da bude zaduženo tj. odgovorno za pravilno funkcionisanje IT opreme i servisa tih institucija. Zahvaljujući uspješnoj međunarodnoj saradnji, Francuska i Slovenija su podržale formiranje Regionalnog centra za sajber bezbjednost i razvoj sajber kapaciteta (WB3C), koji je počeo sa radom u maju 2023. godine, a koji bi bio zadužen za izgradnju kapaciteta država ZB za sajber bezbjednost i borbu protiv sajber kriminala.

⁴³³ Strategija dostupna on line na: <https://www.gov.me/dokumenta/85e2a9d0-0d3c-483a-9822-515d3b7798de>

⁴³⁴ Izvještaj dostupna na: <https://www.gov.me/dokumenta/07c9adb6-7a42-489e-ad11-f45c2deb8c52>

III Proces usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa evropskim standardima

Početak procesa osavremenjivanja javne uprave u EU započeo je davne 2006. godine, usvajanjem Direktive o uslugama na unutrašnjem tržištu⁴³⁵ koja je akcenat stavila na jednostavnost i dostupnost javne uprave.⁴³⁶ Osim navedene Direktive, za evropsku zakonodavstvo važna je i Uredba o uspostavi jedinstvenog digitalnog pristupnika.⁴³⁷ Najopsežniji strateški dokument Unije, koji se razmotren prilikom izrada nacionalnih strategija jeste dokument Digitalna decenija Evrope: digitalni ciljevi za 2030⁴³⁸, koji predstavlja viziju digitalne transformacije Evrope do 2030. godine, dok je Evropska industrijska strategija⁴³⁹, objavljena u martu 2020. godine, u vrijeme pandemije COVID-19, zahtijevala ažuriranje informatičkih sistema kako bi se obezbijedila podrška državama članicama u njihovoj tranziciji za zelenu i digitalnu ekonomiju. Crna Gora, kao zemlja kandidat za članstvo u EU, otvorila je pregovaračko poglavlje 10, Informatičko društvo i mediji na Međuvladinoj konferenciji u Briselu, 31. marta 2014. godine. U okviru Poglavlja 10 razmatraju se: elektronske komunikacije, usluge informatičkog društva i audiovizuelna politika. Implementacijom evropskog zakonodavstva i usklađivanjem domaćih zakona sa evropskim standardima, u okviru poglavlja 10, crnogorski građani imaju brojne benefite, naročito u oblasti elektronskih komunikacija, širokom Internet pristupu kao i većem broju elektronskih servisa i usluga.

⁴³⁵ Direktiva 2006/123/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu, Službeni list Evropske unije, L 376/36 od 12. decembra 2006. U skladu sa čl.1 st.1 Direktive, države članice preispituju postupke i formalnosti potrebne za pristup uslužnoj djelatnosti i njezino obavljanje, uz mogućnost dodatnog pojednostavljenja tih postupaka i formalnosti ako procijene da to nije dovoljno učinjeno.

⁴³⁶ Đanić, Čeko A., Guštin M., *Digitalizacija Hrvatske javne uprave s posebnim osvrtom na sustav socijalne skrbi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 4/2022, 794.

⁴³⁷ Uredba (EU) 2018/1724 Evropskog parlamenta i Vijeća od 2. oktobra 2018. o uspostavi jedinstvenog digitalnog pristupnika za pristup informacijama, postupcima, uslugama podrške i rješavanja problema te o izmjeni Uredbe (EU) br. 1024/2012, Službeni list Evropske unije, L 295/1 od 21. novembra 2018. Čl.1. st.1 Uredbe omogućuje građanima i poduzećima lakši pristup visokokvalitetnim informacijama, učinkovitim postupcima, te djelotvornim uslugama podrške i rješavanja problema u vezi s pravilima EU-a i nacionalnim propisima kojima se ostvaruju prava na jedinstvenom tržištu.

⁴³⁸ Dostupno na: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_en

⁴³⁹ Dostupno na: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-industrial-strategy_en

Kada je riječ o pružanju usluga građanima i poslovnim subjektima putem elektronskih platformi, kao i procesu modernizacije pružanja javnih usluga u Crnoj Gori, na osnovu posljednjeg Izvještaja Evropske komisije za 2023. godinu⁴⁴⁰, proces je ocijenjen i dalje sporim. Konkretno Zakon o upravom postupku nije dosljedno primijenjen, naročito u pogledu elektronske komunikacije, dok usluge nastavljaju biti birokratske i neprilagođene korisnicima.

Na osnovu istraživanja sprovedenih u periodu 2021-2022 godine, u Crnoj Gori manje od 30% građana je koristilo Internet da bi uspostavilo komunikaciju sa javnom upravom, dok je evropski prosjek oko 59%. S druge strane uočen je napredak u oblasti digitalne vlade, kako se čita iz Izvještaja, i to naročito u pogledu funkcionalne interoperabilnosti i aktivne elektronske razmjene podataka između različitih vladinih institucija. Međutim, Evropska komisija smatra da Vlada Crne Gore treba da uloži dodatna finansijska sredstva za dalju digitalizaciju javne uprave kako bi u konačnome imali opipljive rezultate za pojedince (korisnike e-usluga), radeći na strani ponude (u smislu izdavanja jednostranih digitalnih usluga koja su prilagođena korisniku) i na strani potražnje (utvrđivanje razloga za nedovoljno korišćenje e-usluga i otklanjanje prepreka za njihovo korišćenje).

Što se tiče usklađivanja sa zadnjom revizijom Evropskog okvira interoperabilnosti i konkretno sa Zakonom o interoperabilnosti Evrope, Crna Gora ostaje neusklađena. Šta to konkretno znači? Primjena Evropskog okvira od strane evropskih javnih uprava osigurava standardizaciju i automatizaciju samih usluga, kao i pojednostavljenje postupka, u smislu uštede vremena. Crna Gora u tom pogledu nije izvršila potrebne izmjene u procesu digitalizacije usluga javne uprave, što svakako neće biti pozitivno ocijenjeno od strane Evropske komisije u narednim izvještajima o napretku Crne Gore.

Izvještaj Evropske komisije osvrnuo se i na crnogorski elektronski sistem javnih nabavki (CEJN), koji je dobio pozitivne ocjene i u potpunosti je operativan, omogućavajući sprovođenje svih postupaka javnih nabavki u zemlji.⁴⁴¹ CEJN je dodatno unapređen krajem 2023. godine, čime je

⁴⁴⁰ Izvještaj dostupan na: <https://www.gov.me/dokumenta/a6fab7b6-9e4b-429b-9e65-a71bbc956d21>

⁴⁴¹ Tržište javnih nabavki Crne Gore je u 2022. godini iznosilo 8,74% BDP-a, dok je vrijednost svih postupaka javnih nabavki iznosila oko 506 miliona eura.

omogućeno njegovo funkcionalno povezivanje sa ostalim elektronskim registrima države, poput kaznene evidencije Ministarstva pravde i evidencije o poreskim obavezama Uprave prihoda i carina. Zahvaljujući korišćenju CEJN-a, značajno se doprinijelo unaprjeđenju sprovođenja postupaka javnih nabavki u zemlji, sa kraćim prosječnim trajanjem samog postupka nabavki i uvećanjem broja ponuda po postupku.⁴⁴²

Ministarstvo javne uprave, kada je riječ o digitalnoj transformaciji, mora intenzivirati svoje napore kako bi uskladilo nacionalno zakonodavstvo sa Direktivom o mrežnoj informacionoj bezbjednosti (NIS2), kao i sa Direktivom o otvorenim podacima, dok sa druge strane treba pojačano raditi i na harmonizaciji sa Aktom o digitalnim uslugama i Aktom o digitalnim tržištima, u cilju ostvarivanja dodatnog stepena predvidljivosti za poslovnu zajednicu.⁴⁴³

IV Stanje u zemljama Zapadnog Balkana

U Republici Hrvatskoj, proces digitalizacije javne uprave počeo se sprovoditi još 2014. godine, kada je sa radom počeo program e-Građani, zahvaljujući kojem je do danas digitalizovano više od 100 usluga. Zakon o opštem upravnom postupku⁴⁴⁴ iz 2010. godine sadrži odredbe koje omogućavaju kreiranje elektronske javne uprave⁴⁴⁵, ali se trebalo sačekati do 2021. godine kada su izvršene njegove prve izmjene i dopune zahvaljujući kojima se u konačnome i otvorio put ka daljoj digitalizaciji javne uprave.⁴⁴⁶ Hrvatska javna uprava je imala četiri razvojna perioda i to: širenje državne djelatnosti i porast broja državnih organizacija; smjenjivanje koncentracije i

⁴⁴² Kako je predočeno u Izvještaju EK, broj i vrijednost pregovaračkih postupaka bez prethodnog objavljivanja poziva za nadmetanje je i dalje visok i čini preko 11% svih nabavki u smislu vrijednosti sprovedenih preko CEJN-a.

⁴⁴³ Ministarstvo javne uprave je krajem 2022. godine osnovalo Digitalnu akademiju, Internet platformu za obrazovanje i razvoj digitalnih i liderskih vještina državnih službenika, učenika i ranjivih grupa, kako bi radili na unaprjeđenju digitalne pismenosti crnogorskih građana.

⁴⁴⁴ Narodne novine, br.47/2009, 110/2021.

⁴⁴⁵ Da bi javna uprava mogla funkcionisati u virtuelnom okruženju, morale su biti usvojene i zakonodavne regulative koje bi detaljno uredile tu oblast, poput Zakona o državnoj informacijskoj infrastrukturi iz 2014. godine kao i Uredba o organizacijskim i tehničkim standardima za povezivanje na državnu informacijsku strukturu iz 2017. godine koja se bavi pitanjima načina povezivanja na e-usluge.

⁴⁴⁶ Op.cit. Đanić Čeko a., Guštin M., 793.

dekoncentracije državne vlasti i brojnih uticaja; izmjena odnosa između organizacija i institucija; izmjena ciljeva i sveobuhvatnost djelovanja.⁴⁴⁷

S druge strane, hrvatska javna uprava je prošla i kroz tri značajne faze reformi i to: faza utemeljenja, konsolidacije i faza evropeizacije koja se smatra najvažnijom fazom reforme hrvatske javne uprave.⁴⁴⁸ Faza evropeizacije je označila početak usvajanja evropskih upravnih standarda poput jačanja transparentnosti i maksimalnog iskorišćavanja informaciono-komunikacijskih tehnologija kako bi bio obezbijeđen olakšani pristup građana javnoj upravi i njenim uslugama.⁴⁴⁹ Središnji državni ured za razvoj digitalnog društva (SDURDD) upravlja procesom digitalizacije hrvatske javne uprave. Primarni ciljevi SDURDD obuhvataju unapređenje i standardizaciju javnih usluga, koordinaciju projekata, popularizaciju razvoja digitalnih vještina, kao i sprovođenje mjera radi obezbjeđivanja kibernetičke sigurnosti.⁴⁵⁰ Sistem e-građani, koji je, kako smo ranije naveli, počeo sa radom 2014. godine, doprinio je modernizaciji i učinkovitosti komunikacije između građana i javne uprave i zabilježio znatan porast broja korisnika u periodu od 2014 do 2022. godine. Tako imamo podatak da je do maja 2022. godine ukupan broj korisnika sistema e-građani iznosio 2.837.412, dok je broj jedinstvenih korisnika bio 1.648.522,⁴⁵¹ čime se još jednom potvrdilo jačanje povjerenja u digitalizaciju javne uprave.

Kada govorimo o stanju u Republici Srbiji, usvojenim Zakonom o elektronskoj upravi⁴⁵² očekuje se brzo sprovođenje procesa digitalizacije javne uprave, kako bi se obezbijedila brže, transparentnije i efikasnije funkcionisanje same javne uprave. Kako je navedeno od strane Ministarstva državne uprave i lokalne samouprave Republike Srbije, osnivanjem Nacionalne akademije za javnu upravu (Kancelarija za informacione

⁴⁴⁷ Pusić, E., *Modernizacija javne uprave*, Hrvatska i komparativna javna uprava, sv. 1, br. 1, 1999., 6.

⁴⁴⁸ Koprić, I. Marčetić, G. Musa, A. Đulabić, V. Lalić Novak, G., *Upravna znanost: javna uprava u suvremenom evropskom kontekstu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2014., 362-363.

⁴⁴⁹ Op. cit., 374.

⁴⁵⁰ Više informacija o SDURDD dostupno na: <https://rdd.gov.hr/o-sredisnjem-drzavnom-uredu/9>

⁴⁵¹ e-Građani – statistika (2022.), preuzeto sa: <https://data.gov.hr/ckan/dataset/e-gradjani-statistika>

⁴⁵² Službeni glasnik RS, broj 27 od 6. aprila 2018.

tehnologije i elektronsku upravu Republike Srbije)⁴⁵³, očekuje se da će doći do kompletne transformacije javne uprave u svim gradovima Srbije. Usvajanjem Zakona o opštem upravnom postupku (ZUP) 2016. godine, kao i Zakona o elektronskoj upravi 2018. godine značajno je unaprijeđen proces digitalizacije e-usluga. Danas na aplikaciji e-ZUP ovlašćeni službenici mogu razmjenjivati podatke iz više baza i to: matičnih knjiga, MUP-a, Poreske uprave, Fonda PIO, Nacionalne službe za zapošljavanje, Ministarstva pravde, itd. E-ZUP je predvideo i kreiranje Portala eUprave, čiji rad je propisan odredbama čl. 17, 18 i 19 Zakona o elektronskoj upravi⁴⁵⁴ koji se nalazi na Jedinstvenoj informaciono-komunikacijskoj mreži organa. Vlada Republike Srbije usvojila je Program razvoja elektronske uprave za period 2020-2022, kojim se planira da u naredne dvije i po godine većina usluga javne uprave postane dostupna građanima i privredi putem interneta ili mobilnog telefona. Planirano je uvođenje 300 novih usluga eUprave koje će redovno koristiti najmanje milion i po građana i privrednika, čime će se smanjiti potreba za odlascima na šaltere i podnošenje papirne dokumentacije. Koliko je Srbija napredovala na polju digitalizacije javne uprave govori nam i podatak od decembra 2022. godine, kada je Srbija zauzela četvrto mjesto u Evropi, a 11. na svijetu prema GovTech Indeksu zrelosti tehnologija u javnoj upravi koji utvrđuje Svjetska banka, a koji mjeri unapređenje svih aspekata državne uprave kroz digitalizaciju. E-fiskalizacija se primjenjuje na 240.000 lokacija, tj. kod 160.000 privrednih društava, pa je samim tim veća i naplata prihoda. Na portalu eUprava više od 1,5 miliona građana ima nalog, dok se u prosjeku nedjeljno otvara oko 1000 naloga.

Bosna i Hercegovina je, za razliku od ostalih zemalja u regionu, tek započela sa procesom digitalizacije javne uprave. Da bi uspjeli postići sve zacrtane ciljeve iz Strateškog okvira za period do 2027. godine potrebno je raditi na više polja, ali prvenstveno na uspostavljanju osnovne IT infrastrukture, usvajanjem konkretnih politika za razvoj e-uprave kao i stručno osposobiti zaposlene u javnoj upravi. Od 1. januara 2024. godine grad

⁴⁵³ Kancelarija za informacione tehnologije i elektronsku upravu je služba Vlade, a njen direktor odgovara direktno predsjedniku Vlade. Zaduženja Kancelarije uključuju konsolidaciju državnih IT resursa, povezivanje različitih informacionih sistema, te pružanje snažne podrške i temelja za razvoj elektronske uprave u Srbiji.

⁴⁵⁴ Službeni glasnik RS, br.27/2018.

Sarajevo je zopočeo sa procesom digitalizacije javne uprave, dok se planira da i ostali gradovi slijede primjer Sarajeva, poput Tuzle i Bihaća.

Albanija je zadnjih godina ostvarila značajan napredak u digitalizaciji e-uprave. Vlada je promovisala e-Albanian portal, centralizovanu platformu koja nudi širok spektar digitalnih usluga, poput prijave poreza, registracije preduzeća i sl. Platforma broji preko 1.5 miliona registrovanih korisnika, čime se značajno poboljšala efikasnost javne administracije. Vlada Albanije ima za cilj da do 2025. godine digitalizuje sve javne usluge, radeći na smanjenju digitalnog jaza populacije, što se posebno odnosi na ruralne oblasti gdje je pristup internetu i digitalna pismenost na nižem nivou.

S druge strane, kao dobar primjer napredovanja u primjeni standarda privatnosti prilikom upotrebe e-usluga jeste Agencija za zaštitu ličnih podataka Sjeverne Makedonije, koja je usvojila Metodologiju za usklađenost sektorskog zakonodavstva sa Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti. Zahvaljujući smjernicama koje regulišu postupanje ministarstva u postupcima usaglašavanja zakonodavstva, pomenuti dokument predstavlja pravi primjer kako treba da izgleda proces revizije postojećih zakona. Metamorphosis Fondacija iz Sjeverne Makedonije je razvila Metodologiju za procjenu usklađenosti postojećih e-servisa i usluga koje se digitalizuju sa Zakonom o zaštiti podataka ličnosti, a koja može biti korisna i drugim zemljama iz regiona koje žele započeti slične aktivnosti.⁴⁵⁵ Crna Gora je sa Sjevernom Makedonijom potpisala Sporazum o uzajamnom priznavanju elektronskih usluga povjerenja još 2019. godine, zahvaljujući kojem će Crna Gora i Sjeverna Makedonija, sa ostalim zemljama Zapadnog Balkana moći aktivno da učestvuju u promociji regionalne saradnje, kao i razmjeni informacija na transparentan i siguran način, dajući prioritet prekograničnoj interoperabilnosti i elektronskim uslugama povjerenja.

Na Kosovu postoji proširena institucionalna agenda o podacima, ali su i dalje prisutni brojni problemi kada je u pitanju primjena otvorenih podataka.⁴⁵⁶ Kosovske centralne institucije finaliziraju svoju Strategiju

⁴⁵⁵ Više informacija dostupno na:

https://metamorphosis.org.mk/izdanija_arhiva/metodologija-za-procenka-na-usoglasenost-na-digitalnite-javni-uslugi-so-zakonot-za-zashtita-na-lichnite-podatoci/

⁴⁵⁶ Kriterijumi za korišćenje otvorenih podataka na Kosovu navedeni su u zakonu br.06/L-081, dostupnom na:

digitalne agende, koja se planira sprovesti u narednih osam godina, dok je promovisanje pristupa podacima otvorene vlade (OGD)⁴⁵⁷ postavljeno kao primarni strateški cilj.⁴⁵⁸ U svojoj mapi puta za e-učešće, otvorenu vladu i otvorene podatke u javnoj upravi, Kosovo je brzo razvilo sveobuhvatnu e-strategiju i principe otvorene vlade. Međutim, implementacija je bila slaba, a napredak ograničen, jer do sada ovo nije bilo prepoznato kao jedan od ključnih prioriteta.⁴⁵⁹ Kosovska opservatorija za digitalnu agendu⁴⁶⁰ ističe nekoliko pitanja kojima je potrebno posvetiti pažnju, a među njima su strateški ciljevi Digitalne agende 2030 (još uvek nisu usvojeni) koji treba da istaknu važnost e-uprave, posebno digitalizacije javnih usluga. Takođe, neophodno je unaprediti digitalne vještine javnih službenika putem nove obuke u oblasti informaciono-komunikacionih tehnologija, kako bi se u konačnome omogućila i uspješna digitalizacija usluga.

Kada analiziramo napredak u digitalizaciji javne uprave u zemljama Zapadnog Balkana, jasno je da sve zemlje intenzivno rade na poboljšanju svojih zakonskih i infrastrukturnih rešenja. Glavni cilj je usklađivanje nacionalnih zakonodavstava sa evropskim standardima, što postaje sve važnije, posebno u kontekstu potrebe za efikasnim modelom digitalnog upravljanja.

V Zaključna razmatranja

Proces digitalizacije javne uprave korišćenjem savremenih tehnologija omogućava znatno veći stepen učinkovitosti i transparentnosti, čime se građanima daje mogućnost da pristupe informacijama, kao i uslugama uz značajnu uštedu vremena.⁴⁶¹ Digitalna transformacija je stalni proces koji se

https://www.eroks.org/zrre/sites/default/files/LIGJI_NR._06_L081_P%C3%8BR_QASJE_N%C3%8B_DOKUMENTE_PUBLIKE-shtator.pdf

⁴⁵⁷ Otvoreni vladini podaci znače da informacije javne uprave mogu biti prijavljene, objavljene na javnim kanalima i da može da im pristupi svako, bez ikakvih ograničenja.

⁴⁵⁸ Kosova Digital Agenda, 2022-2030, dostupno na: <https://opendatakosovo.org/wp-content/uploads/2021/12/Kosovo-DAO-2021.pdf>

⁴⁵⁹ Millard, J, Thomasen, L., Pastrović, G., Cvetković, B., *Mapa puta za e-učestvovanje i otvoreno upravljanje: empirijski dokazi sa zapadnog Balkana*. U procesu 11. međunarodne konferencije o teoriji i praksi elektronskog upravljanja, Galway, Irska, April 2018 (ICEGOV'18). DOI: 10.1145/3209415.3209459

⁴⁶⁰ Kosovo DIGITAL AGENDA OBSERVATORY 2022 Country Report and the Roadmap for the implementation of the Digital Agenda in Kosovo”, dostupno na: <https://opendataKosovo.org/wp-content/uploads/2022/07/Kosovo-Country-Report-2022.pdf>

⁴⁶¹ Musa, A., *E-uprava i problem digitalne podjele*, Informatopolis: Otvoreni dan suvremene javne uprave, Vrčak, N.; Bača, M. (ur.), Fakultet organizacije i informatike, Varaždin 2006., 17.

ubrzava uporedo s razvojem novih tehnologija. Iako je važno da digitalna transformacija prati tempo tehnološkog razvoja, za uspjeh je neophodna solidna osnova u infrastrukturi, kao i čvrsti normativni i institucionalni okvir.

Crna Gora, pozivajući se na strateške ciljeve iz Strategije reforme javne uprave za period 2022-2026, kao što su unapređenje organizacije i rada javne uprave, pružanje kvalitetnih usluga građanima i privredi, profesionalizacija javne administracije, te povećanje transparentnosti i otvorenosti, planira dodatno fokusirati svoje aktivnosti na pojednostavljivanje pristupa građana institucijama i uslugama. Istovremeno, teži da rad zaposlenih u javnoj upravi bude odgovorniji i efikasniji. Najavljenom reformom nastavlja se rad na uspostavljanju boljih standarda u pružanju usluga, radi se na racionalizaciji u kadrovskom planiranju kako bi se u konačnome kreirala odgovorna, efikasna i transparentna javna uprava koja je kadra odgovoriti potrebama građana i privrede.⁴⁶²

Pored rada na unapređenju kvaliteta usluga i konkretno digitalizacije, biće neophodno raditi na poštovanju različitosti, ravnopravnosti i inkluziji kako bi na kraju imali javnu upravu svih građana.⁴⁶³ Primjena standarda inkluzivnosti u kreiranju politika prilikom definisanja usluga za potrebe građana, kao i rad na unapređenju njihovog optimalnog korisničkog iskustva, predstavlja naredni *mile stone* u realizaciji Strategije javne uprave.

U skladu sa strateškim ciljevima Evropske unije, koja je jasno definisala 'zelenu' i 'digitalnu' tranziciju kao svoje ključne razvojne prioritete, Strategija digitalne transformacije i Strategija reforme javne uprave trebaće da slijede ove smjernice. Time će se doprinijeti stvaranju moderne i prosperitetne evropske države, kakva Crna Gora s pravom teži da postane.

⁴⁶² Strategija reforme javne uprave 2022/26, str.11. Prema Strategiji, do 2026. godine planirano je da 80% organa javne uprave uspostavi elektronski sistem za upravljanje dokumentima, što je ključni preduslov za efikasnu elektronsku komunikaciju sa građanima i privredom.

⁴⁶³ Evropska unija je 2004. godine pokrenula inicijativu pod nazivom „Povelja o raznolikosti“, prihvaćenu u 26 zemalja, iza koje je stalo preko 12.000 organizacija potpisnica i više od 16 miliona zaposlenih. Cilj povelje je unapređenje raznolikosti, ravnopravnosti, nediskriminacije, uključenosti i jednakih mogućnosti na radnom mjestu.

Sanja GRBOVIĆ, PhD*

**DIGITAL TRANSFORMATION OF PUBLIC
ADMINISTRATION IN MONTENEGRO IN THE CONTEXT
OF EU INTEGRATION WITH A COMPARATIVE
OVERVIEW OF REGIONAL PRACTICES**

Summary

In recent years, numerous countries worldwide have initiated the process of modernization, specifically the digitization of public administration, with the aim of improving system efficiency and rationalizing costs. Concurrently with the digitization process, efforts have been made in the field of administration to optimize bureaucratic procedures and strengthen democracy, particularly in terms of the transparency of the e-government system. The forthcoming work aims to present the process of digitization of the public administration in Montenegro, presented through the analysis of two key strategies: the Public Administration Reform Strategy for the period 2022-2026 and the Digital Transformation Strategy for the same period. The ongoing reform process primarily aims to establish an efficient e-government capable of providing quality services to citizens and the economy, while simultaneously meeting the necessary criteria for Montenegro's path towards EU integration. In this regard, the European Commission's 2022 Report on Montenegro concludes that the country is moderately prepared for public administration reform, acknowledging some progress that, unfortunately, still falls short of European standards. The paper will also provide an overview of the comparative practices in the countries of the region, offering a comprehensive assessment of the current state of e-government digitization in the Western Balkan countries. It will highlight some of the best practices that have proven highly effective in delivering electronic services to users. The author concludes that there is still

* Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Montenegro; e-mail:

sanjag@ucg.ac.me;

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3172-8136>

room for improvement in the process of digitizing public administration in Montenegro and emphasizes that creating a "paperless administration" is a highly demanding project that will significantly engage relevant ministries in the coming period, all aimed at meeting the criteria outlined in the EU agenda.

Keywords: *e-government, digitization, Montenegro, EU integration process*

Literatura

Bedeković M., Grubišić K., (2024), *Digitalizacija javne uprave i njena primjena u odabranim područjima*, Zagrebačka pravna revija, Vol.13, No.1.

Đanić, Čeko A., Guštin M., (2022) *Digitalizacija Hrvatske javne uprave s posebnim osvrtom na sustav socijalne skrbi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 4/2022.

Koprić, I.; Marčetić, G.; Musa, A.; Đulabić, V.; Lalić Novak, G., (2014) *Upravna znanost: javna uprava u suvremenom europskom kontekstu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb.

Millard, J, Thomasen, L., Pastrović, G., Cvetković, B. (2018), *Mapa puta za e-učestvovanje i otvoreno upravljanje: empirijski dokazi sa zapad- nog Balkana*, u procesu 11. međunarodne konferencije o teoriji i praksi elektronskog upravljanja, Galway, Irska, April 2018 (ICEGOV'18). DOI: 10.1145/3209415.3209459

Milovanović, M. (2017), *Digitalna diplomatija – razvoj, pojam, izazovi i mogućnosti*, Forum mladih Evropskog pokreta u Srbiji, Beograd.

Musa, A., (2006) „E-uprava i problem digitalne podjele“, *Informatopolis: Otvoreni dan suvremene javne uprave*, Vrčec, N.; Bača, M. (ur.), Fakultet organizacije i informatike, Varaždin.

Naj, Dž. (2012), *Budućnost moći*, Arhipelag, Beograd.

Otključavanje digitalnog potencijala- analiza stanja e-uprave u Crnoj Gori (2023), Centar za građansko obrazovanje, studija je dio projekta *E-dukacijom do PARTicipacije* koji se sprovodi sa Ministarstvom javne uprave, Podgorica.

Pusić, E., (1999), *Modernizacija javne uprave, Hrvatska i komparativna javna uprava*, sv. 1, br. 1.

Radnović B., (2021), *Digitalizacija procesa usluživanja građana kao korisnika javnih usluga u funkciji ekonomskog razvoja-situaciona analiza Republike Srbije*, Baština, Priština-Leposavić, sv.54.

dr Aleksandra RAKOČEVIĆ *

DOKAZNI ZNAČAJ PODATAKA PRIBAVLJENIH DEKODIRANJEM KRIPTOVANIH KOMUNIKACIONIH PLATFORMI U CRNOGORSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU I EVROPSKI STANDARDI

Sažetak

U fokusu istraživanja ovog rada je pravna priroda, odnosno dokazni značaj podataka prikupljenih demontažom šifrovanih telekomunikacionih mreža od strane pravosudnih i policijskih organa jednog broja država članica EU. Cilj istraživanja obuhvata analizu crnogorskog krivičnog zakonodavstva u oblasti specijalnih istražnih tehnika i njihovu usklađenost sa Direktivom 2014/41 EU o Evropskom istražnom nalogu i presudom u predmetu C-670/22 od 30. aprila 2024. godine Evropskog suda pravde u kontekstu obaveze države da krivično zakonodavstvo prilagođava brojnim društvenim promjenama koje generišu i nove oblike kriminaliteta. Glavno istraživačko pitanje glasi: „Da li se kriptovana komunikacija sa platformi Ennetcom, Anom, EncroChat i Sky ECC koje je presrela država u kojoj se ne vodi krivični postupak mogu koristiti kao dokaz u drugoj državi”? Odgovor na ovo pitanje zavisi od ispunjenosti uslova za realizaciju specijalne istražne radnje u nacionalnom zakonodavstvu i njihove kompatibilnosti sa evropskim standardima. U istraživanju dokaznog značaja online nadzora koristiće se metodologija pravnih nauka kroz jedinstvo u pristupu i integralno sagledavanje kvalitativne dimenzije predmeta istraživanja. Na osnovu rezultata istraživanja utvdiće se da li su ispunjeni zahtjevi nužnosti i proporcionalnosti prilikom prosleđivanja dokaza koji su u posjedu zamoljene države, da li se oni mogu koristiti po automatizmu ili se moraju ispuniti još neki uslovi kao što su obavještenje države čiji se državljani nadziru, poštovanje suverenosti države i osiguranje da se ne ugrozi nivo zaštite lica garantovane u toj državi, uspostavljanje balansa između zadiranja u pravo poštovanja privatnog života i komunikacije i neophodnosti zaštite društva od kriminaliteta i slično. Korišćenje dokaza koji su obezbijeđeni nadzorom i

* Saradnica u nastavi na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore, email: rakocevic.a@ucg.ac.me

dekodiranjem skrivenih komunikacionih platformi ukazuje na brojne izazove i otvorena pitanja koja se tiču zakonitosti njihovog korišćenja u krivičnom postupku u kontekstu masovnog nadzora ne samo učinilaca zločina već i svih osoba koje koriste istu aplikaciju zbog čega se u radu poklanja posebna pažnja rješavanju brojnih problema i otvorenih pitanja u ovoj oblasti.

Ključne riječi: *krivično djelo, kriptovane komunikacije, dokazni značaj, crnogorsko zakonodavstvo, evropski standardi*

I Uvod

U modernom dobu svijet se susrijeće sa novootkrivenim formama inkriminacija koje uzrokuju nespokojsvo stanovnika, koji doživljavaju neizvjesnost i nestabilnost kao i strepnju od viktimizacije. Izvršavanjem inkriminacija nastaju masovne posljedice i u poslednje vrijeme njihov broj raste, kao što se povisuju i novčana sredstva za borbu protiv tog vida kriminaliteta.⁴⁶⁴ Klasični mehanizmi suzbijanja modernih oblika kriminalnog manifestovanja demonstrirali su manjkavost i neučinkovitost. S tim u vezi nasušna je potreba otkrivanja i primjenjivanja produktivnijih modela suprostavljanja kriminalnim pojavama, u kom pogledu osobitu važnost imaju mjere tajnog nadzora. Savremena tehnička dostignuća vremenom nadomješćuju doskorašnju proceduru kada je u pitanju rasvjetljavanje delikata, koji su počinjeni od strane NN lica. Izrazita upotreba elektronskih tehnologija u kriminalističkom postupanju mogla bi poremetiti ravnotežu između težnje za očuvanjem privatnosti i intime kada je riječ o opiranj u nedopuštenom uplitanju u temeljna prava čovjeka i sa druge strane opšteg interesa, koji se odnosi na primjenu modernih elektronskih aplikacija sa ciljem otkrivanja inkriminacija, detektovanja izvršilaca delikta i pribavljanja dokaznih sredstava namijenjenih za sprovođenje postupka u krivično pravnoj stvari. Mjere tajnog nadzora se mogu smatrati nepobitnim i neupitnim ako se prevashodno ustanovi da li su sprovedene u saglasju sa normama procesnog prava i ako se provođenjem istih ostvaruje zakonita i opravdana svrha u opsegu koji je nametnulo moderno demokratsko okruženje.⁴⁶⁵ Na međunarodnom planu je izrađen veliki broj dokumenata, od

⁴⁶⁴ Rakočević Velimir, *Krivična djela sa elementima organizovanog kriminaliteta-specijalne istražne metode*, Pravni fakultet Podgorica, Podgorica, 2015,336.

⁴⁶⁵ Council of Europe, *Guide to ther Case-Law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, 2020,23.

kojih se izdvajaju konvencije, a iste predstavljaju temelj za ustanovljavanje specijalnih istražnih metoda u okviru krivične procedure mnogih zemalja Evrope.⁴⁶⁶ Članom 50 Konvencije UN protiv korupcije reguliše se upotreba specijalnih metoda u istražnom postupku, od strane zemalja u toku pretresa u vidu dokaznog sredstva, od kojih se naglašavaju digitalno i ostali vidovi kontrolisanja, tajne aktivnosti i nadzirane pošiljke.⁴⁶⁷ Savjet Evrope daje definiciju specijalnih istražnih tehnika i ista glasi: „Tehnike koje primjenjuju nadležni organi u kontekstu krivičnih istraga radi otkrivanja i procesuiranja teških krivičnih djela i osumnjičenih, sa ciljem prikupljanja informacija na način da o tome nemaju informacije ciljane lica“.⁴⁶⁸ Izvršena je klasifikacija specijalnih istražnih metoda u državama članicama Evropske unije shodno mehanizmima unutar pravosudnog sistema i shodno posebnim istražiteljskim radnjama čija upotreba služi za primjenjivanje pravnih normi.

Determinisane su naredne posebne istražne tehnike u državama članicama Evropske unije :a) promatranje (surveillance); b) probijanje konverzacija (interception of communications), c) skrivene istrage (secret investigations), d) nadzirana pošiljka (controlled submissions), e) informatore (informants), f) partnerske istražne grupe (joint investigative teams). Sjutrašnjica i djelotvornost kolaboracije, kada je riječ o sprječavanju kvalifikovanih oblika inkriminacija sa međunarodnim elementom umnogome će biti određena sudjelovanjem zajedničkih istražnih timova, jer se bez istih ne bi mogle rasvijetliti počinjene inkriminacije iz oblasti organizovanog kriminaliteta.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ Konvencija Savjeta Evrope o pranju, traženju, zaplijeni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom, (1990). Strazbur, Konvencija UN protiv korupcije, 2000.

⁴⁶⁷ Rakočević Velimir, „Tajni nadzor komunikacija u izviđaju i krivičnom postupku i zaštita prava na privatnost“, *Crnogorska revija za bezbjednost*, Podgorica, 2024, 11.

⁴⁶⁸ Council of Europe: Committee of Ministers, *Recommendation Rec(2005)10 of the Committee of Ministers to Member States on "Special Investigation Techniques" in Relation to Serious Crimes Including Acts of Terrorism*, 20 April 2005, Rec(2005)10.

⁴⁶⁹ Rakočević V, 2024, 12.

II Pojam elektronskih dokaza u krivičnom postupku

Shodno prirodi dokaznog sredstva koji predstavlja izvor spoznaje i saznavanja određene pravno relevantne činjenice izvršena je podjela dokaza na lične i materijalne.⁴⁷⁰ Veliki uticaj na prirodu dokaznih sredstava u krivičnom postupku imaju informaciono- komunikacione tehnologije. Digitalni nositelji informacija se u savremenom dobu manifestuju kao sredstva izvršenja delikata ili objekti na kojima se očitavaju tragovi krivičnih djela. Digitalni dokazi sadrže informacije koje se nalaze u računarskom obliku i posjeduju značaj činjenica pomoću kojih subjekt utvrđuje postojanje ili nepostojanje relevantnih činjenica na kojima sud zasniva odluku, a koji su obuhvaćeni računarskim uređajima, dok u krivičnom postupku koji je okončan shodno zakonskim odredbama posjeduju dokaznu vrijednost. Riječ je o sadržaju koji se skladišti ili emituje u binarnom obliku i na istom se uobličavaju dokazi.⁴⁷¹ Postoje u sistemima koji preko mreže obezbjeđuju resurse, portabilnim aplikacijama, elektronskoj isporuci, tekstualnoj komunikaciji, zapisima zvuka i video snimcima, raznovrsnim tehnologijama i tako dalje. Vrlo su problematizovana navedena dokazna sredstva kada je u pitanju njihovo pribavljanje i interpretacija. Postavljen je akcenat na vjerodostojnost, signifikantnost i pojmljivost istih od strane nosilaca sudijskih funkcija. Ukoliko bi došlo do dvojbe kada je u pitanju njihova vjerodostojnost, kao i skepse u pogledu tačnosti i ispravnosti ovog vida izvora podataka, u tom slučaju upitni su njegov legitimitet i praktičnost. Iz tog razloga neophodno je eliminisati kontaminaciju i krivotvorine kada je riječ o gore pomenutim izvorima informacija. Od fundamentalnog značaja je da se konkretni izvori informacija pribavljaju u skladu sa procedurom koja počiva na pravilima koja je zakon decidno propisao. Ukoliko navedeno ne bi bilo sprovedeno riječ bi bila o nezakonitim dokazima, a isti se izuzimaju iz cjelokupnih spisa u krivično pravnoj stvari. Kada se elektronski izvori informacija upotrebljavaju, od krucijalne važnosti je cjelovito posmatranje komponenata i sklopa inkriminacija u cilju upotpunjavanja i sveobuhvatnosti

⁴⁷⁰ Radulović Drago, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica, 2015, 160.

⁴⁷¹ Međunarodna organizacija za standardizaciju, *Pravila za identifikaciju, pribavljanje i čuvanje digitalnih dokaza*, Ženeva 2012.

dokazne konstrukcije. Njihovo pribavljanje i detaljna ekspertiza moraju osigurati vjerodostojnost, signifikantnost i pojmljivost.⁴⁷²

Od fundamentalnog značaja jeste Konvencija o računarskom kriminalitetu iz 2009. godine, a ista se odnosi na sprječavanja krivičnih djela koja su orijentirana ka pouzdanosti, kredibilitetu i raspoloživosti kompjuterskih sklopova, baza i kompjuterskih podataka uz obuhvatanje preveniranja izigravanja ovih baza podataka. Poglavlje II reguliše materijalne krivično pravne odredbe koje determinišu krivična djela kao nezakonit dostup, nezakonito presrijetanje, remećenje informacija, remećenje sistema, protivzakonita upotreba naprava, krivotvorenje koje se povezuje sa kompjuterima, računarske prevare, inkriminacije koje se odnose na dječju pornografiju i delikte povrede autorskih prava. Kada je riječ o procesnom dijelu odredbi ovaj akt predviđa skladištenje i okrilje sačuvanih računarskih podataka, izdavanje naredbe, praćenje i plenidbu sačuvanih podataka, pribavljanje podataka u stvarnom vremenu i presrijetanje podataka koji postoje u supstratu digitalnih korespodencija.⁴⁷³ Iz navedenog dokumenta se da zaključiti da su odredbe koje on sadrži usmjerene ka pribavljanju izvora informacija u elektronskoj formi protiv izvršioca inkriminacija. Cilj navedenog akta je i pribavljanje informacija u stvarnom vremenu i presrijetanje podataka o kontentu konverzacije. Dopunski protokol odnosno drugi dodatni protokol uz Konvenciju o visokotehnološkom kriminalu, umnogome je poboljšao i ojačao međudržavnu kolaboraciju, kada je riječ o detektovanju digitalnih izvora informacija, pospješivanja postupka prikupljanja i objelodanjivanja elektronskih dokaza. Na taj način stvorena je adekvatna pravna podloga za unapređenje saradništva u borbi protiv kriminalnih aktivnosti protiv bezbjednosti računarskih podataka i učvršćuje kapacitete pravosudnih institucija na polju pribavljanja dokaznih sredstava u elektronskom obliku za pozamašan spektar krivičnih djela.⁴⁷⁴ Tako je regulisana procedura za osnaživanje direktne kolaboracije sa provajderima, pravnim entitetima i ostalim učesnicima u ugovornim odnosima, osobito kada je u pitanju nalog za registraciju naziva djelokruga, detektovanja informacija o pretplatniku, provođenja zahtjeva drugog učesnika u ugovornom odnosu za

⁴⁷² Rakočević V., 2024, 17.

⁴⁷³ Zakon o potvrđivanju Konvencije o računarskom kriminalu, Službeni list CG-Međunarodni ugovori, br. 4/2009.

⁴⁷⁴ Drugi dodatni protokol uz Konvenciju o visokotehnološkom kriminalu, 2020.

neodložno dopremanje informacija o korisniku usluga i informacija o saobraćaju, detektovanja uskladištenih digitalnih podataka bez odlaganja u vanrednom slučaju, partnerske istražne grupe i zajedničkih istražnih postupaka, zaštite podataka o ličnosti i tako dalje.

III Pravna priroda podataka pribavljenih dešifrovanjem kriptovanih aplikacija

U predmetnom radu provedena je analiza pravne prirode i dokazne relevantnosti korespondencija realizovanih upotrebom Sky ECC aplikacije, za koju se može sa pouzdanošću tvrditi da je izrazito prisutna u krivičnim postupcima koji se vode za krivična djela, koja potpadaju pod organizovani kriminalitet, u našoj državi i mnogobrojnim zemljama Evrope i označava slojevit dokazni fenomen.

Izvršioци inkriminacija već duži vremenski period ne upotrebljavaju klasične oblike konverzacije, zbog postojanja bojazni od činjenice da budu kontrolisani od strane oficijelnih struktura. S tim u vezi masovna je primjena kriptovanih tehnologija kojima se garantuje bezbjedno odašiljanje podataka. Elektronski izvori informacija poput korespondencije putem mobilnog aparata, mejlova i tako dalje, umnogome pogoduju učinkovitosti i djelotvornosti, kada je u pitanju detektovanje i gonjenje izvršilaca zločina. Upotreba digitalnih izvora informacija pribavljenih kontrolom i dešifrovanjem prikrivenih konverzijskih aplikacija upućuje na mnoge rizike i upitna je validnost i legitimitet njihove primjene u okviru krivične procedure, a u smislu pojačanog praćenja kako izvršilaca inkriminacija, tako i drugih lica koja konzumiraju identični primjenljivi program, koje može ugroziti pravo na privatnost. U pitanju su Ennetcom, Anom, EncroChat i Sky ECC šifrovane platforme i njihovim dekodiranjem pribavljene su informacije koje su poslužile kao osnov za krivično gonjenje velikog broja lica zbog osnovane sumnje da su počinili mnogobrojna krivična djela.⁴⁷⁵

Navedene konverzijske aplikacije upotrebljavaju se za tajnu korespondenciju upotrebom specijalnih primjenljivih programa za uzajamno davanje i uzimanje informacija koje su utemeljene na Off-the –Record Messaging, koji je kriptografski protokol. Preimućstvo OTR metoda u cilju čuvanja informacija ogleda se u momentalnom kriptovanju informacija koji se potom dopremaju preko primarnih sistema koji obezbjeđuju resurse do

⁴⁷⁵ Rakočević V, 2024, 18.

konačnog recipijenta. Važno je istaknuti da je ovaj način konverzacije bio neprikladan za implementaciju mjera tajnog nadzora, sa razloga skrivanja identiteta pretplatnika, čija obilježja nisu postojala na platformi.

Proglasom Europol/Eurojusta koji je objavljen u julu mjesecu 2020.godine i nozi naziv “Demontaža šifrovane mreže šokira organizovane kriminalne grupe širom Evrope”, prezentovani su učinci zajedničkog istražnog tima za dekodiranje EncroChat kriptovane mobilne telefonije. Istaknuli su da je u prethodnom periodu njihova timska istraga obezbijedila probijanje, distribuiranje i ispitivanje velikog broja poruka, a iste su prosleđivane između počinitelaca kriminalnih radnji u cilju vršenja krivičnih djela sa elementima organizovanog kriminaliteta. Naglašava se da su se oficijelne strukture, koje primjenjuju propise umnogome upoznale sa navedenim informacijama u stvarnom vremenu, putem “ramena nesuđenih pošiljalaca”. Dalje je navedeno da su zemlje Evrope, u novijem periodu uzdrmanije usljed aktivnosti zločinačkih grupacija, a one su široko zastupljene i izuzetno adaptabilne što imputira ugrožavanje sigurnosti na evropskom podneblju. Ističu da su malverzacije povezane sa šifrovanim konverzacijskim napravama krucijalni katalizator zločinačkih djelovanja. Policijske i pravosudne strukture Francuske već sedam godina promatraju mobilne uređaje koje upotrebljavaju osigurani konverzacijski materijal EncroChat, sa razloga što su primijetili da su mobilni uređaji naznačenih obilježja često pojavljivani u aktivnostima protiv zločinačkih grupa i važna činjenica da pomenuto pravno lice radi sa sistema za obezbjeđivanje resursa u Francuskoj. Nadalje je obezbijeđeno montiranje elektronske naprave koja nadilazi shemu kodiranja i istovremeno dostup korespondenciji pretplatnika. Aplikacija EncroChat godine 2020. predstavljala je jednog od vodećih mobilnih operatera kriptovane elektronske korespondencije sa izrazitom intervencijom lica kod kojih postoje osnovi sumnje da su počinioci velikog broja delikata, gdje po incidenci preovlađuju nedozvoljena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet kokaina i kanabisa i krivično djelo pranja novca. Eskalacija kriptovane mobilne platforme EncroChat koju su koristile zločinačke grupe diljem planete, dovela je do toga da postupajući organi Francuske tokom 2019. godine započnu krivični postupak u EU Agency for Criminal Justice Cooperation protiv Holandije. U prethodnom postupku pribavljene su informacije shodno odredbama francuskih propisa i uz odobrenje suda, u opsegu internacionalne krivično pravne kooperacije. Informacije bivaju ispostavljane Holandiji, dok agencija EU koja se bavi

kooperacijom pravosudnih organa u krivičnim predmetima, osigurava kreiranje zajedničke istražne grupe uz aktivnu angažovanost Europol i Eurojusta u periodu 2020.godine. Počevši od 2018.godine Europol je kontinuirano angažovan kada je riječ o prvoj fazi prethodnog postupka koji se sprovodi u Francuskoj i Holandiji u ulozi informacionog središta i metodičko-strategijske potpore. Krucijalna funkcija Europol se sastojala u omogućavanju autentičnog planetarnog upliva u dimenzije i djelovanje zločinačkih asocijacija kao ishod okončanih prvih faza prethodnih postupaka. Masovna raspoloživa grupa Europol analizirala je u stvarnom periodu višemilionske izjave i informacije za vrijeme istražnog postupka, naizmjenično pregledala i istražila informacije i omogućila i šifrovala zajedno sa saradnicima raspodjelu podataka zemljama odakle potiču počinioi inkriminacija. Godine 2020. probijanje EncroChat razmjene podataka se finalizuje u momentu svjesnosti odgovornog lica predmetnog privrednog društva činjenice presrijetanja komunikacije od strane postupajućih organa i naloga pretplatnicima da devastiraju mobilne uređaje. Kada je riječ o EncroChat mobilnim uređajima oni se prezentuju klijentima kao sigurna aparatura za nepogrešivu diskreciju s obzirom na činjenicu da ne postoji identifikovanje aparata ili modula koji sadrži jedinstveni broj sa nalogom pretplatnika i isti se dobavljaju shodno kriterijumima, kojima se obezbjeđuje nepostojanje uporedivosti. Nadalje se garantuje perfektna komocija vezana za dva sučelja, to jeste obostrani program za rukovođenje uređajima, kodirano sučelje je tajno i nema slikovnih zapisa, zvučnika, GPS i USB priključaka. Posjedovao je aplikacije za osiguranje nesankcionisanja pretplatnika, što znači momentalno uklanjanje prepiski sadržanih u krajnjim aparatima priključenih na mrežu njihovih akceptora, poseban lični identifikacioni broj koji je prilagođen za momentalno uklanjanje cjelokupnih informacija na aparatu i eliminisanje informacija ako dođe do višestrukih upisa netačnih šifri. Na taj način je garantovano efikasno uništavanje diskreditujućih prepiski.⁴⁷⁶

Nadalje francuski, američki, belgijski i holandski inspektori dekodiraju ostale kriptovane platforme poput Sky ECC, ANOM i Exclu čime se

⁴⁷⁶ Europol/Eurojust, *Dismantling of an encrypted network sends shockwaves through organised crime groups across Europe*, 2020, <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe> pristup 15.X 2024. godine.

garantuje dostup nekoliko biliona prepiski koje su dijeljene putem naznačenih aplikacija. SkyECC mreža djeluje po principu šifrovanja i posjeduje dva ključa koji obezbjeđuju isključivo adresantu i recipijentu upoznavanje sa supstratom prepiski. Za enkripciju prepiski je služio jedan od dva ključa dok je namjena drugog bila usmjerena na njihovo dekodiranje. U pitanju je nelinearno šifrovanje sa izrazito visokim stepenom sigurnosti koji zabranjuje dešifrovanje prepiski bez registrovanja dva ključa. Oficijelne strukture su u toj situaciji prvenstveno detektovale šifrovanu korespondenciju iz date aplikacije, potom dekodirale raznovrsne kriptovane prepiske. Francuska, belgijska i holandska policija su sprovodile kontrolu nad cjelokupnom konverzacijom zaključno sa 2021. godinom i tada je FBI realizovao konfiskaciju dok je titular prava svojine na predmetnoj aplikaciji gonjen.⁴⁷⁷

Informacije koje proističu iz kriptovanih korespondencija prikupljene su dvojako odnosno pregledom supstrata kriptovane konverzacije ili neposrednom kontrolom nad razmijenjenim prepiskama. Sky ECC mreža shodno podacima postupajućih organa velikog broja zemalja starog kontinenta upotrebljavana je za činjenje inkriminacija poput nedozvoljene trgovine drogom i oružjem izvršenih od organizovanih zločinačkih grupa i ista je dešifrovana presrijetanjem Sky ECC šifrovanja. S tim u vezi sudski organi imaju obavezu da tokom razmatranja o legitimnosti i relevantnosti izvora informacija ustanove modalitet obezbjeđenja istih. Sistematizovanje konverzacije nosilaca kriminalnih aktivnosti uglavnom se obavlja upotrebom specijalnih istražnih tehnika ili pregledom mobilnog aparata za skladištenje informacija u digitalnom obliku i pod datim okolnostima zdravoumno lice nikako ne može negirati njihov dokazni kredibilitet. Kriptovana korespondencija prouzrokuje da informacije nijesu pribavljene korišćenjem tehnika na tačno određena lica već u okviru sveopšte kontrole neutvrđenog procenta lica. U situaciji ako bi se podaci pribavljeni dekodiranjem šifrovane razmjene prepiski posmatrali kao dokazno sredstvo u određenim krivičnim stvarima tad se postavljaju raznolike pravne nedoumice, osobito kada je riječ

⁴⁷⁷ Lyons H. Judd (2021- 09.03.) *Cracking of encrypted messaging service dealt major blow to organised crime*, The Brussels Times, <https://www.brusselstimes.com/news/belgium-all-news/159039/cracking-of-encrypted-text-messaging-service-sky-ecc-app-dealt-major-blow-to-organised-crime,2021,1>, pristup 21. X 2024. godine.

o zemljama u okviru kojih informacije nijesu neposredno pribavljene.⁴⁷⁸ U slučaju da su dokazi obezbijeđeni preko internacionalne krivično pravne pomoći uobičajenost je da njihov legitimitet nije upitan i isti se većinom ravnaju sa aktivnostima u prvoj fazi prethodnog postupka u zemlji molilji. Podaci obezbijeđeni posredstvom internacionalne detektivske kolaboracije Interpol a i Europol a se smatraju službenim informacijama i bitna su podloga za upotrebu mjera tajnog nadzora.

Nadalje sudovi SAD-a, Australije, Njemačke, Francuske i Holandije oglasili su krivim pojedina lica, a čije su odluke najvećim dijelom zasnovane na informacijama pribavljenim upotrebom EncroChat aplikacije, dok u našoj državi ne postoji sudska odluka sa klauzulom pravosnažnosti u okviru koje je supstrat ove konverzacije isključivi izvor informacija. Sudovi u našoj državi su potvrdili optužnice a u okviru istih predložena su dokazna sredstva koja se vezuju za Sky konverzaciju. Oficijelne strukture su se pozivale na Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima.⁴⁷⁹ U odluci se ističe da su izvori informacija pribavljeni shodno propisima zemalja u kojima su osigurani i uvažavani su postulati međusobnog priznavanja i pouzdanja i isti su relevantni u zemlji molilji. Kada je riječ o postupcima u krivičnim stvarima branioci okrivljenih su bili stanovišta da je riječ o dokaznim sredstvima koji su nevjerodostojni, krivotvoreni i obezbijeđeni protivzakonitim tehnikama. Državne strukture nadležne za procesuiranje učinilaca krivičnih djela u određenom nizu predmeta nisu omogućili uvid u dokumentaciju iz prve faze prethodnog postupka ističući skrivenost informacija i navodeći argumente državne sigurnosti. Pravilo jeste obezbjeđenje gonjenim licima da koriste srazmjerna sredstva pa su s tim u vezi zahtijevane informacije o načinu pribavljanja informacija i garancija istinitosti i vjerodostojnosti dokaza. Kako ne egzistiraju tehnološki podaci o postupku pribavljanja informacija i tačnosti dokaznih sredstava ustanovljeno je da postupajuće strukture nisu kodirale prepiske, sa kog razloga ne može se istinitost tih podataka podvesti pod skepsu. S tim u vezi Vrhovni sudovi su utvrdili legitimnost dokaza.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Simović N. Miodrag, Šikman Mile, „Sadržaj šifrovane komunikacije (Ennetcom, EncroChat, SkyECC, ANOM, Excly) kao dokaz u krivičnom postupku“, *Pravo i pravda*, Udruženje sudija/sudaca u Federaciji Bosne i Hercegovine, 2023, 227.

⁴⁷⁹ Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, Službeni list CG, br.4/2008, 36/2013.

⁴⁸⁰ Goodwin Bill (2022). *French Supreme Court reject EncroChat verdict after lawyers question secrecy over hacking operation*,

Neophodno je napomenuti da su informacije u zemljama EU prikupljane putem Evropskog istražnog naloga shodno principu uzajamnog povjerenja. Sa tog razloga ne može se dovoditi u pitanje legitimitet dokaza koji su prikupljeni u drugoj zemlji jer bi bio diskutabilan suverenitet iste.

U savremeno doba u većini zemalja nije formirana institucionalna baza za skriveno presijetanje šifrovane korespodencije u svrhu dekrptovanja materijala. U pitanju je internet kontrola, neovlašćeni pristup hardveru i tako dalje.⁴⁸¹ Kontrola nad Sky ECC konverzacijom, na koji način su prikupljeni dokazi, ne može se sprovesti unutar mnogih zemalja. U slučaju da se ustanovi da su dokazna sredstva obezbijedena činjenjem inkriminacije iz grupe krivičnih djela protiv bezbjednosti računarskih podataka a riječ je o krivičnom djelu pravljenje i unošenje računarskih virusa iz člana 351 KZ CG korišćenje navedenog dokaznog sredstva smatralo bi se nezakonitim.⁴⁸²

Kada je riječ o dokaznoj sadržini koja proističe iz Sky ECC prepiski, ista ne smije da bude glavni izvor informacija na kojoj bi se zasnivala presuda kojom se okrivljeni oglašava krivim, naprotiv ona bi morala biti u sadejstvu sa ostalim personalnim i stvarnim dokazima. Jedan od izazova jeste skladištenje informacija koje nisu analizirane i kasnija upotreba istih. U slučaju da branioci okrivljenih lica nisu upoznati sa sadržinom predmeta i ne raspolažu znanjem na koji način su informacije prikupljene, promatrane i izviđavane, u toj situaciji odbrana ne može se očitovati na korišćenje informacija koje proističu iz kodiranih platformi. Najzad neophodno je da se obezbijedi da branioci i branjenici upoznaju materijal iz prepiski što podrazumijeva tehnike prikupljanja i raspolaganja sadržajem od trenutka donošenja akta da se prikupi sadržaj do čina prosleđivanja oficijelnim strukturama. Na ročištima tokom vođenja krivičnog postupka od velikog je značaja da se ispituju sve komponente prikupljanja i transfera Sky komunikacija a isto je obuhvaćeno pravom na odbranu u svrhu analize legitimnosti i tačnosti svih vidova pomenute konverzacije. Okrivljenom mora biti omogućeno pravo na pristup sudu i pravo na postupak odgovarajućeg kvaliteta. Ukoliko dođe do upotrebe digitalnih informacija, koje nisu

<https://www.computerweekly.com/news/252525971/French-Supreme-Court-rejects-EncroChat-evidence-after-lawyers-question-defence-secrecy>, pristup 1. XI 2024. godine.

⁴⁸¹ Bajović Vanja, „Encrochat i Sky ECC komunikacija kao dokaz u krivičnom postupku“, *CRIMEN (XII)*, 2/2022, 154.

⁴⁸² Rakočević V, 2024, 21.

analizirane, tvore se izrazite šanse za narušavanje vjerodostojnosti istih. Otvaraju se i pitanja eksplikacije, datih informacija, koje može podrivati vjerodostojnost dokaznog sredstva.⁴⁸³

IV Presuda Suda pravde Evropske unije u predmetu C-670/22 od 30. aprila 2024. godine

U ovom radu postavljen je akcenat na presudu u predmetu C-670/22 od 30. aprila 2024. godine Suda pravde Evropske unije i učvršćena su pravila o pravnom pitanju od opšteg značaja koja su upravljena ka tome da informacije prikupljene probijanjem šifrovanih telekomunikacionih naprava u ostalim zemljama se ne upotrebljavaju mahinalno, već isključivo pod određenim kriterijumima. U pitanju je presuda koja se većinom odnosi na Evropski istražni nalog preko koga su Sky ECC informacije proslijeđene državama članicama Evropske unije. Sud pravde Evropske unije naglašava da se krucijalnost i srazmjernost specijalnih istražnih metoda definišu saglasno domaćem zakonodavstvu zemlje koja je naložila, odnosno zemlje u kojoj se dokazno sredstvo upotrebljava, što imputira činjenicu da se identična tehnika ustanovljava pod identičnim parametrima i u legislativnom okviru druge zemlje gdje se informacije primjenjuju. Zemlja članica na čijem području obitavaju osobe, čija se konvezacija kontroliše neophodno je da bude informisana o toj činjenici i u onim situacijama kada stručna podrška iste nije neophodna za sprovođenje mjera tajnog nadzora. U navedenoj odluci zahtijeva se uvažavanje prava okrivljenog kao i pravo na pristup sudu i postupak odgovarajućeg kvaliteta, dok iz svega se da zaključiti da okrivljeni ima prostora da spori prikupljenu dokaznu građu. Istaknuta odluka ima pravne posljedice na podneblju država članica Evropske unije, međutim ona bi pod određenim okolnostima mogla biti primjenjivana i kada je riječ o zemljama van zajednice evropskih naroda. Podaci koji su produkt kodirane konverzacije prvenstveno se preko Europolu prosleđuju pravosudnim institucijama članica u vidu operativnih podataka a nakon toga shodno propisima procesnog prava u okvirima međunarodne pomoći u krivičnim stvarima.

Pravosudne institucije u nekolicini država oglasili su krivim određena lica većinom na temelju dokaznih sredstava pribavljenih primjenom EncroChat aplikacije. U našoj državi pokrenuto je mnoštvo postupaka u

⁴⁸³ *Ibid.*

kojima nezaobilazni dokazi se crpe iz dekodirane Sky ECC platforme. Ne egzistira zasad niti jedna presuda koja je postala pravoznažna a u kojoj se odlučne činjenice utvrđuju putem datog vida izvora informacija. U trenutnim procedurama sudska vlast uvažava poimanja tužilačke strane da su dokazna sredstva pribavljena preko međunarodne pomoći i, da je dokazna aktivnost inostrane institucije realizovana shodno propisima te države. U našem sistemu je nedopuštena upotreba pojedinih dokaza i dokaznih sredstava, kao i da aktivnosti u prethodnom postupku budu usaglašeni sa principima domaćeg prava i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.

Veliko vijeće Evropskog suda pravde je 30. aprila 2024. godine, odlučilo u predmetu C-670/22, a povodom zahtjeva za prethodnu odluku na osnovu člana 267 UFEU-a Zemaljskog suda u Berlinu od 19. oktobra 2022.godine, a koji je u sudsku instituciju zaprimljen dana 24. oktobra, 2022. godine.⁴⁸⁴ Zahtjev Zemaljskog suda u Berlinu se odnosio na veliki broj pitanja a koja su sagledavana i ocijenjena diskutabilnim, a ista su se manifestovala u predmetnom krivičnom postupku pokrenutom protiv osobe M.N.⁴⁸⁵ Pozamašan segment probnog odlomka Evropskog suda pravde od 30. aprila 2024. godine je identičan ili izuzetno blizak zaključcima Generalnog advokata koji djeluje pred Sudom pravde EU, kao na primjer eksplikacija značajnih propisa koja su vezana za obezbjeđivanje podrške u krivičnim predmetima u odnosu postupajućih struktura država članica EU, a naročito propisa koji se bave Evropskim istražnim nalogom. U presudi se ističu i mnoga eklatantna pitanja koja je prezentovao pomenuti Regionalni sud u Berlinu, i izrazito važna stanovišta ostalih oficijelnih struktura u predmetnom krivičnom postupku u Njemačkoj. Postavljeni zahtjev za preliminarnu presudu Suda pravde EU je obezbijedio pravosudnim strukturama zemalja članica EU u krivičnim stvarima koji teku, odnosno pred kojima oni postupaju, da ukazuju Sudu pravde na pitanja od značaja za interpretaciju prava EU ili da upućuju na pitanja o valjanosti pojedinih propisa u okvirima Evropske unije. Vrlo je važno istaći da Sud pravde EU nije taj koji presuđuje u tačno određenom postupku, nego je na domaćim pravosudnim institucijama

⁴⁸⁴ Judgment 30/04/2024-M.N. (EncroChat) Case C-670/22.

⁴⁸⁵ European Court of Justice, *Judgment of the Court (Grand Chamber) C-670/22 of 30 April 2024*, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=285365&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=323072>, pristup 8. XI 2024. godine.

da usklade svoja odlučivanja sa presudom Suda pravde EU, koja je zatim, u značenju izvora prava i kroz identičan modalitet obligatorna i za ostale domaće pravosudne strukture unutar država članica EU, koji se nađu pred istovjetnim pravnim dvojabama.⁴⁸⁶ Dolazimo do zaključka da, načelni pravni stavovi Suda pravde EU izričito i faktički obavezuju oficijelne strukture, zemalja koje su članice Evropske unije. Izrazito su važne naredne tvrdnje i formulacije koje su sastavni dio sadržaja presude Evropskog suda pravde u predmetu C-670/22.⁴⁸⁷

1) Evropski istražni nalog se vezuje za prenos izvora informacija koje se nalaze u faktičkoj vlasti oficijelnih struktura države članice koja realizuje nalog (u konkretnoj sistuaciji u pitanju je Francuska), i ne potencira se da je sud u obavezi da donese akt u vezi sa tim, već se prijenos može vršiti i na temelju odluke državnog tužilaštva, u situaciji kada je u određenoj državi isto ovlašćeno da postupa, i onda kada je riječ o gotovo identičnim „nacionalnim stvarima“, za koje se vezuje nalog kako bi se priložili dokazi koji su ranije obezbijeđeni.

2) Državni tužilac (u konkretnoj situaciji njemački), ne odbacuje šansu kada je u pitanju izdavanje Evropskog istražnog naloga za transfer dokaznih sredstava koji se nalaze kod postupajućih struktura države izvršenja Evropskog istražnog naloga, a koja je članica Evropske unije, u kojoj su informacije prikupljene probijanjem konverzacija pretplatnika elektronskih naprava koji putem jedinstvene zbirke kompjuterskih programa i usavršenog hardvera, obezbjeđuju kodiranu korespodenciju, pod pretpostavkom da Evropski istražni nalog zadovoljava sve kriterijume koje reguliše domaći zakonodavni okvir države čija nadležna institucija izdaje Evropski istražni nalog u nacionalnom izuzetno podudarnom slučaju.

3) Kada je u pitanju izdavanje Evropskog istražnog naloga pribjegava se sličnim pretpostavkama koji se koriste i kad je riječ o transferu identičnih dokaza u gotovo istovjetnim nacionalnim situacijama u određenim zemljama članicama EU. Važno je napomenuti da nije neophodno ispunjenje onih uslova koji se koriste kada je riječ o obezbjeđenju dokaznih sredstava. Ono

⁴⁸⁶ Škulić Milan, „Dokazni značaj informacija iz komunikacije ostvarene aplikacijama/modifikovanim uređajima za kriptovanje-kaao što su Sky ECC i EnchroChat“, *Crimen*, Beograd 2024, 46.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

što nije od značaja u konkretnom primjeru jeste fakat da su ovlašćene francuske oficijelne strukture u Njemačkoj shodno potrebama njemačkih saradnika pribavljali dokazna sredstva. Najzad, postupajući organ koji rukovodi krivičnim postupkom mora imati ovlašćenje da razmotri i analizira uvažavanje temeljnih ljudskih prava lica u pitanju i na koje se odnosi sprovedeni Evropski istražni nalog, a radi se o okrivljenim licima u određenom krivičnom postupku.⁴⁸⁸

4) Kada su u pitanju tehnike koje se odnose na inkorporiranje telekomunikacionih aparata, koje imaju za cilj pribavljanje informacija o prometu, području i konverzaciji koja se zasniva na online sadržaju, o istima je neophodno da bude informisana država članica EU, na čijem prostoru obitava lice zbog kojeg se mjere i sprovode. U konkretnoj situaciji u pitanju je Njemačka.⁴⁸⁹ Postupajuća struktura države članice EU posjeduje ovlašćenje izjašnjavanja o tome da se takva aktivnost ne bi trebalo realizovati ili da je neophodno okončati ostvarenje iste, u slučaju da takva radnja ne bi bila prihvaćena u istovjetnoj domaćoj situaciji. Cilj ovog korpusa prava i obaveza nije samo obezbjeđenje uvažavanja suvereniteta država članica EU, nego i šticeenje prava okrivljenih lica, u konkretnim krivičnim postupcima.

5) Od domaćih postupajućih organa u državama članicama EU, potražuje se da odstrane dokazna sredstva, kada je u pitanju vođenje krivičnog postupka protiv osobe za koju postoji osnovana sumnja da je izvršila inkriminaciju, i to u sljedeća dva slučaja: a) ako to određeno lice nije bilo u mogućnosti da daje primjedbe na te dokaze, odnosno da ih demantuje i da ih osporava, kao i b) kada je očito da će ti dokazi imati dominantnu ulogu. na utvrđivanje pravno relevantnih činjenica.

⁴⁸⁸ Škulić M, 2024, 47.

⁴⁸⁹ Ne samo da su se aktuelne konverzacije probijale i kontrolisale i sprovodile putem kompjuterskih sistema i to najučestalije u drugoj zemlji, nego je najobimniji sadržaj te korespondencije bio iz prošlih vremena, da bi ona zatim bila pohranjena u uređajima koji su predstavljali server.

A. Stvarni uticaj presude Evropskog suda pravde od 30. aprila 2024.

Presuda Evropskog suda pravde, čija je sadržina izuzetno precizna, nedvosmislena, obavezujuća je na području država članica EU, odnosno obavezuje njihove ovlašćene postupajuće strukture i to u potpunosti u pravcu implementacije propisa Evropske unije, a koja se odnosi na kolaboraciju država članica Evropske unije to jeste njihovih postupajućih struktura, sa stavljanjem akcenta na realizaciju instrumenta Evropskog istražnog naloga. Pojedini stavovi i gledišta Evropskog suda pravde koji su pretočeni u okviru navedene presude u predmetu C-670/22, mogli bi u adekvatnom obimu posjedovati upliv i na razmatranje prakse pravosudnih institucija onih država starog kontinenta koje nisu članice EU, međutim one se suštinski ubrajaju i čine dio gotovo istovjetnog pravnog okruženja i priklonjene su evropskoj praksi i baštini, međutim, isključivo do granice koja izvire i proističe iz praktičnog provođenja mjerodavnog domaćeg prava. Dakle postaviće se kao obligatorna za države u pitanju generalna zakonska rješenja, kada je riječ o konkretnom krivičnom postupku, kao i rješenja koja su sastavni dio izvora međunarodnog prava i koja su primjenjivana za prikupljanje i pribavljanje preciznih i opipljivih dokaznih sredstava koja su proistekla iz šifrovane konverzacije. Sljedeći su izvori gore navedenih pravila: Evropska konvencija (Konvencija Savjeta Evrope) o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima sa dodatnim protokolom, međunarodni ugovori o pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima sa određenim državama, Budimpeštanska konvencija o „sajber“ (kibernetičkom) kriminalitetu, i domaća zakonska rješenja u pogledu međunarodne krivičnopravne pomoći, poput u Crnoj Gori Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima.⁴⁹⁰

Stanovište Suda pravde EU o tehnikama pomoću kojih su prikupljena određena dokazna sredstva, potom transportovani provjedbom Evropskog istražnog naloga, je obligatorno na području država članica EU, a trebalo bi se prihvatiti i kada je riječ o gotovo podudarnom domaćem postupku. Navedeno nije upitno kod država koje su posjedovale zajedničke istražne grupe i čija tijela su udruženo i kolektivno participirala u prikupljanju dokaznih sredstava probijanjem prepiski realizovanih putem platformi za kodiranje korespondencije. Istovjetna situacija je bila sa Francuskom,

⁴⁹⁰ Škulić M, 2024, 48.

Belgijom i Holandijom. U tim situacijama zadovoljen je uslov da su postupajuće strukture države članice EU na čijem području egzistira lice na koga su te aktivnosti usmjerene, bili informisani o sprovođenju radnji, u slučaju da je to lice bilo u nekoj od datih zemalja, čije su postupajuće strukture bile dio zajedničkog istražnog tima. Najzad, njemačko krivično procesno pravo i krivična zakonodavstva drugih država članica EU sadrže srodne tehnike i odnose se na konkretne specifične dokazne aktivnosti takve prirode. Naglašeni zahtjev se istinski ne odnosi na zemlje koje ne pripadaju zajednici evropskih država. Važno je istaći da kada je riječ o dužnosti informisanja države na čijem je području „subjekt koji je predmet nadzora“ i ona se u potpunosti tiče zemalja članica i to kroz sprovođenje aktuelnih sistema i instrumenata oficijelne konverzacije postupajućih struktura tih država unutar Europol-a, i Eurožasta, i ta dužnost zvanično ne postoji na podneblju zemalja izvan Evropske unije, i kada je o njima riječ ne egzistiraju istovrsni konverzacioni putevi.⁴⁹¹

V Zaključak

U današnjem vremenu ne može se opovrgnuti niti negirati konstatacija i determinantna da je probijanje i presrijetanje kriptovanih modela konverzacije učinilaca inkriminacija koje su sprovele postupajuće strukture određenog broja zemalja starog kontinenta značajno pridonijelo detektovanju teških oblika inkriminacija sa elementima organizovanog kriminaliteta. Uglavnom, kako bi konkretni materijal bio smatran dokazom u krivičnom postupku nužno je ustanoviti polazište i vjerodostojnost istog. Branjenici sa njihovim braniocima imaju neprikosnoveno pravo da daju primjedbe na te dokaze, odnosno da ih demantuju. S tim u vezi neophodno je ispitati na koji način se došlo do zaštićenih konverzacija to jeste ustanoviti mehanizam prikupljanja izvora informacija. Države, u čijim okvirima su pribavljena dokazna sredstva, shodno domaćem zakonodavstvu nemaju dužnost da mehanizam prikupljanja dokaza učine transparentnim, što bi moglo rezultirati propadanjem istih. Posebno je otežavajuća situacija da u posjedu osumnjičenih lica ne budu otkriveni šifrovani mobilni uređaji gdje bi se stvorila uzročna veza sa dokaznim sredstvima pribavljenim preko međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Kontrola konverzacija treba da važi za tačno određene pojedince a ne isključivo za Sky platformu, a

⁴⁹¹ *Ibid.*

odvajanje informacija sa sistema koji preko mreže obezbjeđuje resurse upućuje na nesrazmjernost metode. Kada je u pitanju dokazni značaj te vrste podataka ne može za iste garantovati tvrdnja da je dokaz pribavljen putem međunarodne krivično pravne pomoći. Pri integralnom poimanju situacije neophodno je bilo ustanoviti kojim mehanizmom je druga zemlja pribavila dokazni sadržaj i da li su te radnje u oprečnosti sa domaćim pravilima. Najzad krucijalno je napomenuti da se Sky mreža ni u moderno doba ne može promatrati i nadgledati upotrebom mjera tajnog nadzora zbog manjka i nedovoljnosti digitalnih sistema kojima naša država barata. U konačnom važno je istaći da će vrijeme koje je pred nama i u kojem će se ostvarivati buduća sudska praksa i iznad svega načelni pravni stavovi i shvatanja najviših instanci pojedinih država demonstrirati kakva je zapravo vrijednost i nivo značajnosti niza faktora, koji bi suštinski mogli imati efekat na dokazni kredibilitet one vrste podataka, koji potiču iz izuzetno specifičnih istražnih metoda.

Aleksandra RAKOČEVIĆ, PhD*

**EVIDENCE VALUE OF DATA OBTAINED BY DECODING
ENCRYPTED COMMUNICATION PLATFORMS IN
MONTENEGRO CRIMINAL LEGISLATION AND
EUROPEAN STANDARDS**

Summary

The focus of the research of this paper is the legal nature, i.e. the evidentiary significance of the data collected by the dismantling of encrypted telecommunication networks by the judicial and police authorities of a number of EU member states. The aim of the research includes the analysis of Montenegrin criminal legislation in the area of special investigative techniques and their compliance with Directive 2014/41 EU on the European Investigation Order and the judgment in case C-670/22 of April 30, 2024 of the European Court of Justice in the context of the state's obligation to adapt criminal legislation to numerous social changes that generate new forms of crime. The main research question is: "Can encrypted communications from the Ennetcom, Anom, EncroChat and Sky ECC platforms intercepted by the country where the criminal proceedings are not conducted, be used as evidence in another state"? The answer to this question depends on the fulfillment of the conditions for the implementation of special investigative action in the national legislation and their compatibility with European standards. In researching the evidentiary importance of online surveillance, the methodology of legal sciences will be used through unity in approach and integral consideration of the qualitative dimension of the research subject. Based on the results of the research, it will be determined whether the requirements of necessity and proportionality are met when forwarding evidence that is in the possession of the requested state, whether it can be used automatically, or whether other conditions must be met, such as

* Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Montenegro; e-mail: rakocevica@ucg.ac.me

notification of the state whose citizens are being monitored, compliance sovereignty of the state and ensuring that the level of protection of persons guaranteed in that state is not jeopardized, establishing a balance between encroachment on the right to respect private life and communication and the necessity of protecting society from crime et cetera. The use of evidence provided by surveillance and decoding of hidden communication platforms points to numerous challenges and open questions regarding the legality of their use in criminal proceedings in the context of mass surveillance not only of perpetrators of crimes but also of all persons who use the same application, which is why the paper presents a special attention to solving numerous problems and open questions in this area.

Keywords: *criminal offence, encrypted communications, evidentiary significance, Montenegrin legislation, European standards*

Literatura

Bajović Vanja, „Encrochat i Sky ECC komunikacija kao dokaz u krivičnom postupku“, *CRIMEN (XII)*, 2/2022.

Council of Europe: Committee of Ministers, *Recommendation Rec(2005)10 of the Committee of Ministers to Member States on "Special Investigation Techniques" in Relation to Serious Crimes Including Acts of Terrorism*, 20 April 2005, Rec(2005)10.

Council of Europe, *Guide to the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, 2020.

Drugi dodatni protokol uz Konvenciju o visokotehnološkom kriminalu, 2020.

Europol/Eurojust, *Dismantling of an encrypted network sends shockwaves through organised crime groups across Europe*, 2020,
<https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe> pristup 15.X 2024.godine.

Goodwin Bill, *French Supreme Court reject EncroChat verdict after lawyers question secrecy over hacking operation*, 2022,
<https://www.computerweekly.com/news/252525971/French-Supreme-Court-rejects-EncroChat-evidence-after-lawyers-question-defence-secrecy>. pristup 1. XI 2024.godine.

European Court of Justice, *Judgment of the Court (Grand Chamber) C-670/22 of 30 April 2024*,
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=285365&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=323072> , pristup 8.XI 2024.godine.

Judgment -30/04/2024-M.N. (EncroChat) Case C-670/22.

Konvencija Savjeta Evrope o pranju, traženju, zaplijeni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom, (1990). Strazbur.

Konvencija UN protiv korupcije, 2000.

Lyons H. Judd (2021- 09.03.). *Cracking of encrypted messaging service dealt major blow to organised crime*, The Brussels Times,
<https://www.brusselstimes.com/news/belgium-all-news/159039/cracking-of-encrypted-text-messaging-service-sky-ecc-app-dealt-major-blow-to-organised-crime,2021,1>, pristup 21. X 2024.godine.

Međunarodna organizacija za standardizaciju, *Pravila za identifikaciju, pribavljanje i čuvanje digitalnih dokaza*, Ženeva 2012.

Radulović Drago, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica, 2015.

Rakočević Velimir, *Krivična djela sa elementima organizovanog kriminaliteta-specijalne istražne metode*, Pravni fakultet Podgorica, Podgorica, 2015.

Simović N. Miodrag, Šikman Mile, „Sadržaj šifrovane komunikacije (Ennetcom, EncroChat, SkyECC, ANOM, Exclty) kao dokaz u krivičnom postupku“, *Pravo i pravda*, Udruženje sudija/sudaca u Federaciji Bosne i Hercegovine, 2023.

Rakočević Velimir, „Tajni nadzor komunikacija u izviđaju i krivičnom postupku i zaštita prava na privatnost“, *Crnogorska revija za bezbjednost*, Podgorica, 2024.

Škulić Milan, „Dokazni značaj informacija iz komunikacije ostvarene aplikacijama/modifikovanim uređajima za kriptovanje-kao što su Sky ECC i EnchroChat“, *Crimen*, Beograd 2024.

Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, *Službeni list CG*, br.4/2008, 36/2013.

Zakon o potvrđivanju Konvencije o računarskom kriminalu, *Službeni list CG-Međunarodni ugovori*, br. 4/2009.

Andreja MIHAILOVIĆ, PhD*

FROM ECOCIDE TO ECOLOGICAL JUSTICE: TOWARDS A NEW DIRECTIVE ON ENVIRONMENTAL CRIME

Summary

The rapid global expansion of environmental crime, whose profitability exceeds global economic growth by more than double, has positioned this sector as the fourth largest worldwide. Traditional legal instruments, both at the EU level and within national legislations, face challenges of limited scope in addressing criminal acts and lack of effective punitive policies, highlighting the need for an innovative response to the devastating consequences of environmental destruction. Recognizing these challenges, the Council of Europe and the European Parliament reached an agreement in 2023 to revise the Environmental Crime Directive, aiming to establish robust mechanisms to counter "environmental impunity" in Europe. This paper analyzes the key amendments introduced by the new Directive, including the criminalization of the most serious forms of environmental harm "comparable to ecocide," defined as "illegal or negligent acts committed with knowledge that there is a significant likelihood that such acts will cause severe, widespread, or long-term damage to the environment." It also covers an expanded list of environmental crimes, the introduction of aggravated forms, and the harmonization of sanctions with some flexibility regarding the prescription of penalties for legal entities. By analyzing these provisions, the paper examines its potential to fundamentally contribute to environmental protection within the EU, while also identifying anticipated challenges in its implementation. Although the Directive positions itself as a revolutionary step in the prevention of environmental crime, challenges remain, particularly in the scope of its application, especially concerning extraterritorial crimes committed in the name of EU companies, as well as the need to institutionalize the function of a public prosecutor at the EU level. These elements underscore the essential need for continuous development and adaptation of the legal framework, not only to improve internal

* Teaching assistant, University of Montenegro Faculty of Law, e-mail: deamihailovic@gmail.com

legislation but also to provide a more effective global response to environmental crime. The paper opens a discussion on the potential of the new Directive to shift the paradigm in the approach to environmental crime, emphasizing the simultaneous need for further strategic improvements and the imperative for comprehensive implementation tools. These include specialized training and resources for judicial actors, as well as protective mechanisms for environmental activists, with the aim of consolidating the European response to ecocide.

Keywords: *Environmental crime, Ecocide, EU directive, Environmental protection, International cooperation*

I Introduction

Environmental crime is a growing worldwide concern with extensive repercussions for ecosystems, human well-being, and industries. It includes several illicit activities, such as illegal waste trafficking, deforestation, pollution, wildlife trafficking, and illicit trading of hazardous chemicals. The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) estimates that actions associated to environmental criminality entail yearly consequences to the global economy amounting to hundreds of billions of euros.⁴⁹² Environmental crime represents the fourth largest criminal sector globally, resulting in annual revenue between €80 billion and €230 billion, with an anticipated growth rate of 5-7% each annum.⁴⁹³ The financial benefits, along with the minimal risk of identification and prosecution, render it exceedingly appealing to organized illicit activities, who exploit inadequate enforcement procedures beyond countries to optimize gains.⁴⁹⁴

Environmental crime within the European Union (EU) constitutes serious risks to biodiversity, natural resources, and the safety of people. The

⁴⁹² Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *The Economic Consequences of Environmental Crime*, 2021, https://www.oecd.org/en/publications/2021/05/assessing-the-economic-impacts-of-environmental-policies_d55646c6.html, accessed 26. IX 2024.

⁴⁹³ European Commission, *Environmental Crime Directive*, 2024, https://environment.ec.europa.eu/law-and-governance/environmental-compliance-assurance/environmental-crime-directive_en, accessed 2.10.2024.

⁴⁹⁴ INTERPOL & UNEP, *Strategic Report: Environment, Peace, and Security – A Convergence of Threats*, 2016, <https://www.unep.org/resources/report/strategic-report-environment-peace-and-security-convergence-threats>, accessed 29. IX 2024.

unlawful disposal of hazardous waste has contaminated water sources, leading to detrimental health effects for populations throughout Europe.⁴⁹⁵ Illegal logging and habitat loss have similarly led to the reduction of endangered species, thereby exacerbated the biodiversity problem. Furthermore, these offenses possess economic ramifications, since environmental degradation frequently entails substantial expenses for restoration and mitigation initiatives.

As a part of coordinated efforts, the EU has systematically strengthened its environmental legislation to establish a more effective legal framework for addressing these challenges. In 2008, the EU enacted the inaugural Environmental Crime Directive (Directive 2008/99/EC)⁴⁹⁶, aimed at safeguarding the environment via criminal legislation. Although innovative initially, later assessments uncovered significant deficiencies in its enforcement, especially with cross-border collaboration and the uniformity of fines applied across Member States. Therefore, the European Commission proposed an additional comprehensive amendment of the Directive in 2021, resulting in the adoption of the revised Environmental Crime Directive in April 2024. This amended Directive implements extensive measures to address enforcement deficiencies, expand the scope of environmental offenses, and strengthen penalties to establish a stronger deterrence impact. The 2024 Environmental Crime Directive signifies a substantial progression in the EU's strategy for environmental safeguarding, by improving the range of infringements and introduces new procedures for collaboration and enforcement across Member States.

II The Evolution of Environmental Crime Legislation in the EU

The development of environmental crime legislation in the European Union (EU) has been propelled by a growing acknowledgment of the substantial and transboundary characteristics of these offenses. Environmental crime, as delineated by EU legislation, encompasses unlawful behaviors detrimental to the environment, such as illicit garbage disposal,

⁴⁹⁵ European Environment Agency (EEA), *Waste*, 2024, <https://www.eea.europa.eu/en/topics/in-depth/waste-and-recycling?activeAccordion=98a3fcf3-da52-4b7d-9e6e-3976612a0613>, accessed 25. IX 2024.

⁴⁹⁶ European Commission, Directive 2008/99/EC on the Protection of the Environment through Criminal Law, 2008, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0099>, accessed 25. IX 2024.

wildlife trafficking, and pollution. These offenses frequently entail organized crime syndicates, capitalizing on the inadequate enforcement procedures across borders for monetary profit.

The initial significant action in the EU's legal approach to environmental crime was the enactment of Directive 2008/99/EC, which sought to standardize the handling of environmental offenses among Member States. This Directive was a pioneering move, acknowledging environmental damage as a criminal violation and establishing minimum penalty criteria. The Directive encompassed acts including unlawful waste disposal, the illicit trading of endangered species, and the management of hazardous materials. It determined that Member States are obligated to impose criminal sanctions for major violations of environmental law, rather than solely administrative fines.

Nonetheless, despite its considerable potential, the 2008 Directive rapidly revealed its limitations in tackling the intricate and dynamic characteristics of environmental crime. Evaluations by the European Commission in 2019 and 2020 indicated that the total amount of adequately prosecuted environmental crime cases was minimal, and the penalties imposed were frequently insufficient to discourage offenders.⁴⁹⁷ The insufficiency of cross-border collaboration and deficiencies in enforcement mechanisms further diminished the Directive's efficacy. The Directive's effectiveness was further weakened by inadequate cross-border collaboration and enforcement mechanisms, leading to insufficient regulation of illegal transboundary waste trafficking, as a prevalent environmental offense.

In 2021, the European Commission proposed a revised Directive to rectify these deficiencies. The proposal was designed to address the deficiencies identified in the enforcement of the 2008 Directive and to implement more stringent measures to more effectively combat environmental offenses. The absence of precise definitions for terms such as "substantial damage" to the environment was one of the primary concerns with the original Directive, leading to different interpretations by national bodies. This resulted in inconsistent enforcement across Member States and

⁴⁹⁷ European Commission, *Evaluation of the Environmental Crime Directive*, 2020, https://commission.europa.eu/news/evaluation-environmental-crime-directive-2020-11-05_en, accessed 23. IX 2024.

impeded the establishment of a unified approach to combating environmental crime.

Furthermore, the 2008 Directive failed to consider a number of emerging environmental threats, including illicit water extraction, unlawful ship recycling, and violations of EU chemical legislation. These activities were either wholly excluded from the original framework or under-regulated. By including these new forms of environmental damage in the list of criminal offenses, the revised proposal aimed to address this issue. The European Parliament also recognized the global character of environmental crime by incorporating provisions related to the placing on the market and export of commodities in breach of the Union Anti-Deforestation Regulation in the revised Directive. Strengthening penalties and improving collaboration among Member States were also underscored in the 2021 proposal. Its objective was to facilitate cross-border investigations and prosecutions, as numerous environmental crimes are transnational in nature. The European Multidisciplinary Platform against Criminal Threats (EMPACT) was instrumental in the coordination of these endeavors, as it fostered collaboration among Member States, EU institutions, and third countries.⁴⁹⁸

The 2024 Environmental Crime Directive, adopted on April 11, 2024, and entering into force on May 20, 2024, is a culmination of the lessons learned from the shortcomings of the 2008 Directive. It incorporates a number of innovative provisions that are designed to fortify the legal framework for environmental protection in the EU. The Directive, in particular, broadens the scope of criminal offenses to encompass severe violations of EU chemicals and mercury legislation, illegal water extraction, and unlawful ship recycling. The Directive requires the imposition of more severe penalties for qualified offenses, such as extended imprisonment terms for individuals and increased fines for corporations. In addition, the Directive introduces a graduated system of penalties for natural persons, which ranges from minimum to maximum imprisonment terms based on the severity of the offense. This method guarantees that penalties are proportional to the extent of the environmental damage inflicted, thereby enhancing the deterrent effect. The Directive's objective is to standardize the prosecution of environmental

⁴⁹⁸ European Commission, *EMPACT*, 2024, https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/law-enforcement-cooperation/empact-fighting-crime-together_en, accessed 23. IX 2024.

crimes in all Member States by establishing a defined penalty framework, thereby reducing enforcement discrepancies. Moreover, the Directive underscores the necessity of adequate resources, specialized training for police officers and investigators, and improved cooperation mechanisms among Member States in order to enhance enforcement. This encompasses the provision of sufficient resources to judicial bodies and law enforcement agencies, as well as the development of national strategies to combat environmental crime.

Furthermore, the Directive includes provisions to provide assistance to environmental defenders, which are individuals or organizations that work to safeguard ecosystems and expose environmental crime. It guarantees the protection of these defenders from retaliation, allows them to participate in criminal proceedings, and encourages the freezing and confiscation of assets associated with environmental offenses. The Directive's emphasis on cross-border cooperation is a continuation of the successes of EMPACT, established in 2017, fostering effective investigative and prosecutorial collaborative platform among Member States. The EU's objective is to bridge enforcement gaps and guarantee that environmental crimes are prosecuted more consistently across borders by promoting collaborative investigations and enhancing the dissemination of data on environmental crimes.

III Novel Provisions in the Environmental Crime Directive

The Environmental Crime Directive incorporates a number of critical innovations that improve the legal framework of the EU for combating environmental crime.

A major advancement in the 2024 Directive is the substantial expansion of the offenses classified as environmental crimes. The 2008 Directive concentrated on conventional criminal activities, including the trafficking of endangered species and the illicit disposal of waste. The EU's recognition of the dynamic and diverse threats posed by environmental crime in the 21st century is reflected in expansion of the new Directive's scope, addressing a diverse array of environmental damages that were previously beyond the jurisdiction of criminal law by broadening the list of criminal offenses:

➤ **Illegal ship recycling:** This offense pertains to the dismantling of ships, which is frequently executed in developing nations under hazardous conditions that endanger both human health and the environment. The

practice frequently entails the discharge of hazardous materials, such as asbestos and heavy metals, which can result in long-term environmental degradation.

- **Illegal water extraction:** The Directive criminalizes the unauthorized extraction of water resources, which has been associated with ecosystem disintegration and biodiversity loss, as water scarcity becomes a critical issue in Europe.

- **Violations of EU chemicals and mercury legislation:** The Directive includes provisions that criminalize violations of the EU's rigorous regulations on hazardous substances such as mercury, which pose significant risks to both human health and aquatic ecosystems.

- **Infractions of the Anti-Deforestation Regulation:** The EU's dedication to mitigating the environmental consequences of supply chains associated with global deforestation, particularly in the agricultural and timber sectors, is underlined by the incorporation of deforestation-related offenses.

One of the most significant innovations of the new Directive is the introduction of "qualified offenses." Qualified offenses are environmental crimes that cause exceptionally severe harm, such as habitat destruction or widespread contamination. The new Directive imposes more severe penalties on these offenses, which frequently involve corporate negligence or intentional damage. For instance, qualifying offenses include large-scale industrial accidents, such as oil spills, which result in long-term harm to ecosystems. Corporate accountability for such events is frequently inadequate, as penalties do not accurately represent the true environmental and economic consequences. Therefore, the Directive aims to rectify this by imposing more severe penalties. Prison sentences may be prolonged for individuals, while corporations may be subject to penalties that range from €24 million to €40 million or are calculated as a percentage of their global turnover. This strategy is supported by legal experts who contend that the current system frequently undervalues the economic value of ecosystem services that are lost as a result of environmental crime.⁴⁹⁹ The implementation of such qualified offenses and aggravated penalties is

⁴⁹⁹ Kansilembo Freddy A., Anrusha Bhana., Sachin Suknunan., "The impact of environmental costs on financial performance: An explorative analysis of two plastic companies", *Environmental Economics*, 14(1), 2023, 13-23.

indicative of a trend toward increasing the accountability of corporations and individuals for significant environmental damage. This method of calculating fines aligns with the findings of environmental law scholars, who argue that penalties based solely on fixed amounts are often too lenient for large companies whose profits far exceed the cost of the fines imposed.⁵⁰⁰ Furthermore, that approach is in accordance with the overarching objectives of environmental justice, which are to guarantee that those who inflict the most damage are held accountable in proportion to their activities.⁵⁰¹

In comparison to the 2008 Directive, the 2024 Directive's enforcement mechanisms have been substantially strengthened, which is a critical factor in its efficacy. One of the primary criticisms of the previous Directive was the inconsistent enforcement across Member States, which was a result of the varying levels of political will, institutional capacity, and resources. Several critical enhancements are required by the new Directive, such as:

- **Specialized training for law enforcement:** In order to guarantee that police officers, prosecutors, and judges are able to manage intricate environmental crime cases, Member States are obligated to provide specialized training.

- **Cross-border collaboration:** The Directive underscores the necessity of enhanced collaboration among Member States, as numerous environmental offenses possess a transnational component. This encompasses the establishment of joint investigative teams, the exchange of intelligence on environmental crime networks, and the establishment of partnerships with Europol and Eurojust.

- **National strategies:** The European Parliament mandates that Member States establish national strategies for combating environmental crime, which must encompass provisions for international cooperation, enforcement, and prevention

Environmental defenders frequently encounter substantial hazards, such as harassment, legal threats, and violence, particularly in regions with

⁵⁰⁰ Faure Michael, "The revolution in environmental criminal law in Europe", *Virginia Environmental Law Journal*, 35, 2017, 321-356.

⁵⁰¹ Petrić Davor, "Environmental Justice in the European Union: A Critical Reassessment", *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 15, 2019, 215–267.

inadequate environmental governance. Therefore, the Directive's emphasis on the protection of environmental defenders—individuals and organizations that are instrumental in the exposure of environmental offenses and the advocacy for more robust environmental protections—is a noteworthy and progressive aspect. Environmental defenders are granted numerous safeguards by the Directive, such as the right to participate in criminal proceedings, protection against retaliation, and access to legal remedies in the event that their rights are violated. These provisions are essential, as scholars have observed that environmental defenders are frequently marginalized or persecuted in the judicial process, despite their critical role in safeguarding public assets such as clean air and biodiversity.⁵⁰² In addition, the Directive promotes the suspension and confiscation of assets associated with environmental crimes, thereby preventing the financial gains from such crimes from being used to finance additional harmful activities.

IV Implementation Challenges

While the new Environmental Crime Directive represents a significant advancement in the EU's efforts to combat environmental crime, its effectiveness will be contingent upon the capacity of Member States to effectively implement its provisions. Despite the Directive's explicit regulations and strengthened penalties, there are still numerous obstacles, particularly in the areas of resource allocation, enforcement consistency, and transnational cooperation. The Directive's effectiveness may be impeded by these challenges, particularly in light of the complex and frequently transboundary nature of environmental offenses, if they are not adequately addressed.

The disparity in enforcement capabilities among Member States is a significant obstacle to the successful implementation as certain countries have lacked the institutional capacity, political will, or financial resources to effectively investigate and prosecute environmental offenses.⁵⁰³ For instance,

⁵⁰² Zerk Jennifer A., "Corporate Liability for Environmental Harm: Towards a More Effective Enforcement Regime", *Journal of Environmental Law*, 26(3), 343-368., 2014., Debora L. VanNijnatten (ed.) *Canadian Environmental Policy & Practice: Moving the Green Transition Forward*, Oxford University Press, 2024, 107-125.

⁵⁰³ Michael Faure, "The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States", *Review of European Community and International Environmental Law*, 26 (2), 2017, 138.

the European Environment Agency (2022) has criticized southern and eastern European Member States for their weakened enforcement mechanisms and lower levels of prosecution in comparison to northern European countries. By mandating specialized training for law enforcement personnel and mandating the development of national strategies by Member States to combat environmental crime, the Directive aims to address these gaps. Nevertheless, disparities in enforcement continue to be a significant concern, particularly in countries with limited financial resources or where environmental crime is not considered a priority. The establishment of an EU-wide environmental enforcement agency is one potential solution that has the support of both legal scholars and practitioners. An agency of this nature could offer direct assistance to national authorities, facilitate cross-border investigations, and guarantee the more uniform application of environmental laws across Member States.

Significant investments in capacity building, particularly in the areas of judicial expertise, scientific support, and law enforcement, will be necessary for the successful implementation of the new Directive. Numerous environmental offenses are intricate and necessitate a high level of technical expertise regarding environmental processes and regulations. Consequently, in order to effectively manage these cases, it is imperative that law enforcement officers and judicial actors receive sufficient training. The Directive requires Member States to allocate an adequate amount of resources to guarantee that law enforcement agencies possess the requisite capabilities to investigate and prosecute environmental offenses. Additionally, capacity building is not solely dependent on financial resources. Additionally, it necessitates the cultivation of expertise within national enforcement agencies. The extent of damage is frequently determined through the use of scientific evidence, such as chemical analysis, satellite imagery, or ecological assessments, in environmental crimes. Consequently, in order to construct robust cases, judicial and enforcement officers must collaborate closely with scientific specialists. The Directive motivates Member States to improve the collaboration between scientific institutions and enforcement agencies; however, this necessitates consistent investment and effort.

The extraterritorial application of the Directive's provisions presents an additional substantial obstacle to its implementation. In many cases,

multinational corporations that engage in activities such as deforestation, mining, or illegal fishing commit numerous environmental offenses that have an impact on EU countries that are committed outside of Europe. The European demand for basic materials, including palm oil, timber, and minerals, is a frequent motivator for these crimes. Cross-border activities are involved in numerous environmental offenses, including illicit waste trafficking and wildlife smuggling, which complicates the ability of individual Member States to address these crimes in isolation.⁵⁰⁴ The Directive acknowledges this challenge and underscores the significance of cross-border cooperation, which includes joint investigations and information-sharing mechanisms. Nevertheless, legal and logistical impediments have historically impeded cross-border collaboration. Effective collaboration can be impeded by language barriers, differences in national legal systems, and varying levels of trust between law enforcement agencies. Furthermore, the involvement of non-EU countries in environmental crime further complicates the situation, particularly when dealing with countries that have inferior environmental regulations or where corruption is prevalent. The Directive promotes the enhanced collaboration between Member States and EU agencies such as Europol and Eurojust, which specialize in facilitating international cooperation on criminal matters, in order to enhance cross-border cooperation. This entails collaborating with international organizations such as the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) and INTERPOL to enhance the enforcement capabilities and improve the international legal frameworks in countries where environmental crimes are committed. Nevertheless, the establishment of meaningful collaboration with non-EU countries will necessitate global environmental priorities and diplomatic engagement.

The enforcement of environmental law has the potential to be significantly impacted by technological advancements, including drones, satellite monitoring, and advanced chemical analysis. The Directive motivates Member States to employ contemporary technologies to more effectively detect and monitor environmental offenses. For example, satellite imagery can be employed to monitor illegal mining activities, deforestation,

⁵⁰⁴ Dalby Simon, "Environmental Geopolitics in the Twenty-first Century", *Global, Local Political*, 39:1, 2014.

or unauthorized construction in protected areas. Nevertheless, the utilization of technology also poses obstacles. The cost of acquiring and sustaining these technologies can be prohibitive, and many Member States lack the requisite technical infrastructure to effectively deploy these tools. Additionally, the legal admissibility of technology as evidence in court remains a contentious issue in certain jurisdictions, despite the fact that it can assist in the detection of environmental crimes. It will be necessary to update national legal frameworks and provide judicial training on how to manage technological evidence in order to ensure that it is correctly integrated into legal processes.

V Conclusion

The new Environmental Crime Directive represents a critical juncture in the European Union's endeavors to combat environmental crime, as it acknowledges the severe repercussions that these offenses have on the economy, public health, and ecosystems. The Directive demonstrates a progressive strategy for addressing emergent environmental threats by substantially broadening the scope of criminal offenses and implementing more severe penalties. Additionally, the Directive underscores the EU's comprehension of the transnational and systemic nature of environmental offenses by emphasizing cross-border cooperation and corporate accountability.

Nevertheless, the Directive's success is contingent upon the effective and uniform implementation by Member States, despite the fact that it provides a robust legal framework. Significant obstacles persist, including disparities in national enforcement capacities, inconsistent resource allocation, and varying degrees of political will. Not only will national commitment be necessary to address these challenges, but also enhanced cooperation across borders and sectors. The effective detection, investigation, and prosecution of cross-border environmental offenses will be contingent upon the contributions of organizations such as Europol, Eurojust, and EMPACT. Furthermore, the Directive's provisions concerning corporate accountability and the extraterritorial application of EU law are notably progressive, establishing a new standard for the accountability of multinational corporations for environmental harm. However, the enforcement of these provisions on a global scale is a significant challenge, particularly in regions where corruption is widespread and environmental

governance is inadequate. The key to overcoming these challenges will be to fortify diplomatic relations, promote international legal frameworks, and guarantee that EU companies adhere to rigorous environmental standards in foreign countries.

The EU must continue to adjust to the changing nature of environmental criminality in the future. Recent technological advancements, including satellite monitoring and forensic environmental science, present promising opportunities for the detection and prosecution of these offenses. Nevertheless, in order to truly benefit from these tools, the EU must allocate resources to capacity building and guarantee that law enforcement agencies in all Member States have the requisite training and resources. The European Union must remain proactive in refining its legal frameworks and deepening international cooperation as environmental offenses continue to intensify in complexity and scope. This is the only way in which the EU can effectively safeguard its environment, promote justice, and guarantee long-term environmental sustainability for future generations through sustained and coordinated efforts.

Andreja MIHAILOVIĆ, PhD*

OD EKOCIDA DO EKOLOŠKE PRAVDE: U SUSRET NOVOJ DIREKTIVI O EKOLOŠKOM KRIMINALU

Sažetak

Ubrzana globalna ekspanzija ekološkog kriminala, čija profitabilnost dvostruko prevazilazi globalni ekonomski rast, pozicionirala je ovaj sektor kao četvrti po veličini na svjetskom nivou. Tradicionalni pravni instrumenti, kako na nivou EU tako i u nacionalnim zakonodavstvima, suočavaju se sa izazovima ograničenog opsega krivičnih djela i nedovoljno efikasne kaznene politike, ukazujući na potrebu za inoviranim odgovorom na razorne posljedice ekološke devastacije. Prepoznajući ove izazove, Savjet Evrope i Evropski Parlament su 2023. godine postigli sporazum o reviziji Direktive o ekološkom kriminalu sa ciljem uspostavljanja snažnih mehanizama suprostavljanja "ekološkoj nekažnjivosti" u Evropi. U radu se analiziraju suštinske izmjene koje propisuje nova Direktiva, uključujući kriminalizaciju najozbiljnijih oblika štete po životnu sredinu "uporedivih sa ekocidom", u vidu "nezakonitih ili nemarnih radnji izvršenih sa znanjem da postoji značajna vjerovatnoća da će te radnje izazvati tešku, široko rasprostranjenu ili dugoročnu štetu po životnu sredinu", proširenu listu ekoloških krivičnih djela, uvođenje kvalifikovanih oblika, kao i harmonizaciju sankcija uz određenu fleksibilnost u domenu modela propisivanja kaznenih raspona za pravna lica. Analizirajući ove odredbe, rad razmatra njen potencijal da fundamentalno doprinese zaštiti životne sredine na teritoriji EU, ali isto tako i identifikuje očekivane izazove na planu njene implementacije. Iako se direktiva pozicionira kao revolucionarni korak u prevenciji ekološkog kriminala, izazovi na planu domena njene primjene, posebno u kontekstu ekstrateritorijalnih krivičnih djela izvršenih u ime EU kompanija, kao i potreba za institucionalizacijom funkcije javnog tužioca na nivou EU, ostaju kao otvorena pitanja. Ovi elementi ukazuju na esencijalnu potrebu za

* Saradnica u nastavi, Pravni fakultet Univerzitet Crne Gore, e-mail:
deamihailovic@gmail.com

kontinuiranim razvojem i prilagođavanjem pravnog okvira, ne samo radi unapređenja internog zakonodavstva, već i u cilju efektivnijeg globalnog odgovora na ekološki kriminal. Rad otvara diskusiju o potencijalu nove Direktive za promjenom paradigme u pristupu ekološkom kriminalu, naglašavajući simultano potrebu za daljim strateškim unapređenjima i imperativ za opsežnim implementacionim alatima, uključujući specijalizovane obuke i resurse za pravosudne aktere, kao i protektivne mehanizme za ekološke aktiviste, u cilju konsolidacije evropskog odgovora na ekocid.

Ključne riječi: *Ekološki kriminalitet, Ekocid, EU direktiva, Zaštita životne sredine, Međunarodna saradnja*

Literatura

Debora L. VanNijnatten (ed.) *Canadian Environmental Policy & Practice: Moving the Green Transition Forward*, Oxford University Press, 2024.

European Commission, *Directive 2008/99/EC on the Protection of the Environment through Criminal Law*, 2008, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0099>, accessed 25. IX 2024.

European Commission, *EMPACT* 2024, https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/law-enforcement-cooperation/empact-fighting-crime-together_en, accessed 23. IX 2024.

European Commission, *Environmental Crime Directive*, 2024, https://environment.ec.europa.eu/law-and-governance/environmental-compliance-assurance/environmental-crime-directive_en, accessed 2.10.2024.

European Commission, *Evaluation of the Environmental Crime Directive*, 2020, https://commission.europa.eu/news/evaluation-environmental-crime-directive-2020-11-05_en, accessed 23. IX 2024.

European Environment Agency (EEA), *Waste*, 2024, <https://www.eea.europa.eu/en/topics/in-depth/waste-and-recycling?activeAccordion=98a3fcf3-da52-4b7d-9e6e-3976612a0613>, accessed 25. IX 2024.

Faure Michael, „The revolution in environmental criminal law in Europe”, *Virginia Environmental Law Journal*, 35, 2017.

Faure Michael, “The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States”, *Review of European Community and International Environmental Law*, 26 (2), 2017.

INTERPOL & UNEP, *Strategic Report: Environment, Peace, and Security – A Convergence of Threats*, 2016, <https://www.unep.org/resources/report/strategic-report-environment-peace-and-security-convergence-threats>, accessed 29. IX .2024.

Kansilembo Freddy A., Anrusha Bhana, Sachin Suknunan, “The impact of environmental costs on financial performance: An explorative analysis of two plastic companies”, *Environmental Economics*, 14(1), 2023.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *The Economic Consequences of Environmental Crime*, 2021, https://www.oecd.org/en/publications/2021/05/assessing-the-economic-impacts-of-environmental-policies_d55646c6.html, accessed 26.IX 2024.

Petrić Davor “Environmental Justice in the European Union: A Critical Reassessment”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 15, 2019.

Dalby Simon, “Environmental Geopolitics in the Twenty-first Century”, *Global, Local Political*, 39:1, 2014.

Zerk Jennifer A., “Corporate Liability for Environmental Harm: Towards a More Effective Enforcement Regime”, *Journal of Environmental Law*, 26(3), 2014.

mr Milana RANKOVIĆ*

MEĐUNARODNA NADLEŽNOST ZA ELEKTRONSKE POTROŠAČKE UGOVORE U EU: ZNAČAJ ZA CRNU GORU

Sažetak

Pravo potrošača na pristup pravdi u postupcima sa inostranim elementom je tema o kojoj se mnogo raspravlja u savremenom svijetu, naročito u kontekstu elektronske trgovine. Internet transakcije pokreću složena pitanja međunarodnog privatnog prava, između ostalih, i ona koja se odnose na nadležnost, odnosno na pitanje odgovarajućeg foruma.

Evropska unija je usvojila značajan broj instrumenata u cilju unapređenja zaštite prava potrošača prilikom kupovine putem interneta. Pitanje međunarodne nadležnosti u EU je, u prvom redu regulisano sistemom Brisel I, koji čine: Briselska konvencija iz 1968, Uredba Brisel I (44/2001), Uredba Brisel I (izmijenjena) (1215/2012) i Konvencija iz Lugana iz 2007. U cilju zaštite potrošača kao slabije ugovorne strane, Uredbom Brisel I (izmijenjenom) uvedena su pravila o povoljnijoj nadležnosti. Ova Uredba se direktno primjenjuje u svim državama članicama, a kandidati za članstvo, kao što je Crna Gora, dužni su uskladiti svoje unutrašnje zakonodavstvo sa pravnom tekovinom EU. Pored propisa iz sistema Brisel I, u radu se analizira i praksa Suda pravde EU, koja ima značajnu ulogu u tumačenju propisa, osiguravajući njihovu dosljednu primjenu u svim državama članicama.

Rješenja koja sadrži crnogorski ZMPP u oblasti nadležnosti za sporove koji nastaju iz potrošačkih ugovora nisu u cjelosti usklađena sa rješenjima propisanim Uredbom Brisel I, pa primjena ovih pravila u praksi može izazvati probleme koordinacije. U radu se analizira uticaj pravila EU o međunarodnoj nadležnosti za elektronske potrošačke ugovore na pravo Crne Gore i ispituje se da li su postojeće norme adekvatne da odgovore izazovima koje nameće internet trgovina i da li princip lokalizacije i dalje primjenjiv u međunarodnom privatnom pravu.

* Saradnica u nastavi, Pravni fakultet, Univerzitet Crne Gore, email: milana.t@ucg.ac.me;
ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9332-6326>.

Ključne riječi: *međunarodna nadležnost, potrošački ugovori, e-commerce, elektronska trgovina.*

I Uvod

Razvoj elektronske trgovine prouzrokovao je brojne izazove u pravnoj regulativi, kako za EU, tako za Crnu Goru. Upotreba interneta dovela je do porasta broja ugovora sa međunarodnim elementom, kako potrošačkih tako i ugovora u privredi, koji povlače za sobom dva bitna pitanja: pitanje nadležnosti, odnosno sud koje države je nadležan da odlučuje u predmetu i pitanje mjerodavnog prava, odnosno pravo koje države se primjenjuje na konkretan slučaj.

Elektronska trgovina omogućila je da potrošači iz svojih domova, putem veb-sajtova, imaju pristup tržištima u cijelom svijetu. Prodavac, kao ugovorna strana koja je u jačoj pregovaračkoj poziciji, može iskoristiti mogućnosti koje mu pruža autonomija volje, kako bi onemogućio stranu koja je u slabijoj poziciji, potrošača, da iskoristi određena prava koja bi joj pripadala u odsustvu tog izbora. Zbog toga zakonodavci većine zemalja nastoje uspostaviti posebna pravila za potrošačke ugovore.

Ovaj rad analizira izazove koji se pojavljuju prilikom određivanja međunarodne nadležnosti u sporovima proizašlim iz potrošačkih ugovora zaključenim putem interneta. Prvo se analizira pravni okvir za elektronske potrošačke ugovore u EU, a nakon toga se analiziraju pravila o nadležnosti u Crnoj Gori. Crnogorski Zakon o međunarodnom privatnom pravu (ZMPP) se u velikoj mjeri oslanja na rješenja predviđena u EU, ipak, u oblasti nadležnosti za potrošačke ugovore postoje izvjesne razlike na koje ćemo ukazati u ovom radu.

U ovom radu se razmatra uticaj pravila Evropske unije o međunarodnoj nadležnosti u kontekstu elektronskih potrošačkih ugovora na pravni okvir Crne Gore, te se ispituje da li ove odredbe osiguravaju adekvatnu zaštitu crnogorskim potrošačima. Postojeće norme međunarodnog privatnog prava polaze od teritorijalnog kriterijuma, pa se postavlja pitanje kako iste funkcionišu u delokalizovanom internetu. Cilj istraživanja je da ispita da li su postojeće norme o utvrđivanju međunarodne nadležnosti adekvatne da odgovore izazovima koje nameće internet trgovina i da li princip lokalizacije i dalje primjenjiv u međunarodnom privatnom pravu.

II Pravni okvir međunarodne nadležnosti u Evropskoj uniji

Ugovor o funkcionisanju Evropske unije postavlja pravnu osnovu za donošenje mjera koje su usmjerene na usklađivanje pravila država članica. Ovim ugovorom je u čl. 81 predviđeno da „Evropski parlament i Savjet, djelujući u skladu sa redovnim zakonodavnim postupkom, donose mjere, naročito kad je to potrebno za neometano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, čiji je cilj osigurati: međusobno priznanje i izvršenje odluka među državama članicama; prekogranično dostavljanje sudskih i vansudskih dokumenata; kompatibilnost pravila država članica koja se primjenjuju na sukob zakona i nadležnosti; saradnju u prikupljanju dokaza; efikasan pristup pravosuđu; uklanjanje prepreka za nesmetano odvijanje građanskih postupaka; razvoj alternativnih metoda rješavanja sporova; profesionalno usavršavanje sudija”⁵⁰⁵.

Pravna sigurnost i predvidljivost, kao osnovna načela procesnog prava EU nalažu da tužilac i tuženi mogu lako da predvide koji sud će biti nadležan.

Imajući u vidu ovaj cilj EU je otišla daleko naprijed u promovisanju pravosudne saradnje i harmonizaciji pravila o nadležnosti u građanskim stvarima na način da kada je potrebno da se odluči da li će sud neke države članice biti nadležan da odlučuje u građanskoj ili trgovačkoj stvari, to će se odlučiti uz pomoć sistema Brisel I koji čine različiti pravni instrumenti Evropske unije koji regulišu istu materiju: nadležnost i priznanje i izvršenje sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima. Ovaj sistem čine: Briselska konvencija iz 1968., Uredba Brisel I o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima iz 2001, Zamijenjena Uredbom Brisel I (preinačenom) iz 2012, koja je stupila na snagu 10. januara 2015 i Lugano Konvencija 2007 - države članice EU i EFTA (Island, Lihtenštajn, Norveška, Švajcarska).

A. Uredba Brisel I

Uredba Brisel I primjenjuje se u slučajevima kada tuženi ima uobičajeno boravište u nekoj od država članica Evropske unije i to prema pravilima o opštoj nadležnosti, bez obzira na njegovo državljanstvo. Ako tuženi nema uobičajeno boravište u državi članici, primjenjuje se nacionalna pravila o

⁵⁰⁵ Čl. 81, st. 2, Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, Official Journal of the European Union, C 326/50, 26.10.2012.

nadležnosti države članice čije pravosuđe vodi postupak.⁵⁰⁶ Takođe, Uredba se primjenjuje bez obzira na uobičajeno boravište tuženog, kada se radi o zaštiti slabijih ugovornih strana, kod sporazumno određene nadležnosti i kod isključive nadležnosti⁵⁰⁷.

Osnovno pravilo iz čl.4 propisuje da se osobe sa uobičajenim boravištem u državi članici, tuže pred sudovima te države članice, bez obzira na njihovo državljanstvo. Od ovog osnovnog pravila se odstupa u situacijama kada osoba sa uobičajenim boravištem u jednoj državi članici može biti tužena u drugoj državi članici, što će biti slučaj ako postoji prorogacioni sporazum iz čl.25; u slučaju pravila o posebnoj nadležnosti iz čl. 7 i u situacijama ako postoji potrošački ugovor iz čl. 17-19.

U elektronskoj trgovini česte su situacije da stranke sporazumno odrede sud koji će biti nadležan da riješi njihov spor.⁵⁰⁸ Ako su se stranke nezavisno od njihovog uobičajenog boravišta, sporazumjele da sud ili sudovi države članice imaju nadležnost u rješavanju sporova koji su nastali ili mogu nastati u vezi određenog pravnog odnosa, taj sud ili sudovi su nadležni, osim ako je sporazum ništav u pogledu njegove materijalne valjanosti prema pravu te države članice. Ta nadležnost je isključiva osim ako su se stranke drukčije sporazumjele.⁵⁰⁹

Čl.25 se primjenjuje „bez obzira na uobičajeno boravište stranaka“ što znači čak i onda kada obje stranke imaju uobičajeno boravište izvan EU,⁵¹⁰ on pruža autonomiju volje svim strankama bez obzira na njihovo uobičajeno boravište i sudovi država članica moraju poštovati tu slobodu izbora.⁵¹¹ Ipak, ova sloboda izbora nije neograničena i može u određenim okolnostima, biti ograničena mjerama zaštite potrošača predviđenim čl. 17-19.

⁵⁰⁶ Kostić-Mandić Maja, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, 2017, 22.

⁵⁰⁷ Tačka 14 Preambule Uredbe Brisel I (izmijenjene). Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog Parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (izmijenjena).

⁵⁰⁸ Hedley Steve, *The Law of Electronic Commerce and the Internet in the UK and Ireland*, Routledge Cavendish, 2006, 258.

⁵⁰⁹ Čl. 25, st.1 Uredbe Brisel I (izmijenjene).

⁵¹⁰ Po ovome se Uredba Brisel I (izmijenjena) značajno razlikuje od Uredbe Brisel I koja je u čl. 23 previđala da će se primjenjivati samo ako jedna od stranaka ima uobičajeno boravište u EU.

⁵¹¹ Grenfell Sarah and Gandhi Kushal, „The Brussels Regulation (recast)“, *Compliance & Risk*, 2016, 12.

Ukoliko strane nisu odabrale nadležan sud, primjenicie se osnovno pravilo iz čl. 4, koje se zasniva na principu *actor sequitur forum rei*. Ovo pravilo se zasniva na pretpostavci da je pravedno da tužilac mora da podnese tužbu protiv tuženog koji se smatra „nevinim“ u državi njegovog uobičajenog boravišta, a ujedno to se nameće kao praktično rješenje, jer je najčešće u mjestu uobičajenog boravišta tuženog lakše izvršiti presudu.

Pravilo o posebnoj nadležnosti sadržano u čl. 7 propisuje da u ugovornim sporovima, osoba sa domicilom u jednoj državi članici može biti tužena pred sudovima druge države članice, ako ta druga država predstavlja mjesto izvršenja relevantne ugovorne obaveze. Uredba propisuje šta će se smatrati mjestom izvršenja ugovorne obaveze, pa ako stranke nisu drugačije ugovorile, mjesto izvršenja obaveze je u slučaju prodaje robe, mjesto u državi članici gde je, prema ugovoru, roba isporučena ili je trebalo da bude isporučena; u slučaju pružanja usluga, mjesto u državi članici gde su, prema ugovoru, usluge pružene ili je trebalo da budu pružene;⁵¹²

Sud pravde EU je u predmetu *Car Trim GmbH v Keysafety Systems Srl* utvrdio ključna mjerila za tumačenje pojma mjesta izvršenja ugovorne obaveze i našao da u situacijama kada nije moguće odrediti mjesto isporuke po tom osnovu, bez pozivanja na materijalno pravo koje se primjenjuje na ugovor, mjestom izvršenja ugovorne obaveze se smatra mjesto gdje je izvršen fizički prenos robe ili gdje je kupac trebalo da dobije, stvarnu moć raspolaganja tom robom na krajnjem odredištu prodajne transakcije.⁵¹³

Bitno je takođe istaći da pravila o posebnoj nadležnosti ne sprečavaju funkcionisanje osnovnog pravila iz čl.4, već imaju za svrhu da omogućе tužiocu alternativan forum pred kojim može pokrenuti postupak protiv tuženog, tako da su ona komplementarna pravilima o nadležnosti prema uobičajenom boravištu tuženog.

B. Pravila o nadležnosti za potrošačke ugovore

Osnovni princip u potrošačkim ugovorima je to da slabija strana treba biti zaštićena pravilima o nadležnosti koja su povoljnija za njene interese od opštih pravila.⁵¹⁴ Potrošač može pokrenuti postupak protiv druge ugovorne stranke bilo pred sudovima države članice u kojoj ta stranka ima uobičajeno

⁵¹² Kadner Graziano Thomas, „Jurisdiction under Article 7 no. 1 of the recast Brussels I Regulation“, *Yearbook of Private International Law*, 2015, 167.

⁵¹³ *Car Trim GmbH v Keysafety Systems Srl*, C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90, para. 62.

⁵¹⁴ Čl. 19 Preambule Uredbe Brisel I (izmijenjene).

boravište, ili, nezavisno od uobičajenog boravišta druge stranke, pred sudovima mjesta gdje potrošač ima domicil. Druga ugovorna stranka može pokrenuti postupak protiv potrošača samo pred sudovima države članice u kojoj potrošač ima domicil.⁵¹⁵

Uslovi koji se postavljaju za zasnivanje nadležnosti suda, paralelni su sa uslovima koji se postavljaju da bi se posebne zaštitne kolizione norme primjenile na ugovor zaključen sa potrošačem što omogućava sudovima te zemlje ne samo da zasnuju nadležnost za rješavanje sporova koji proizilaze iz takvih potrošačkih ugovora, nego i da primjene domaće materijalno pravo u rješavanju takvih sporova.

Postoje četiri ključna uslova koja moraju biti ispunjena da bi se određeni ugovor mogao smatrati potrošačkim: 1) potrošač treba da bude fizičko lice koje zaključuje ugovor za svrhe koje se ne mogu smatrati njegovom poslovnom djelatnošću odnosno profesijom; 2) druga strana u ugovoru treba da bude profesionalac, odnosno da djeluje u sklopu obavljanja svoje profesionalne djelatnosti; 3) profesionalac treba da obavlja svoju trgovinsku ili profesionalnu djelatnost u državi u kojoj potrošač ima svoje uobičajeno boravište ili da na bilo koji način usmjerava takvu djelatnost usmjerava prema toj državi ili više država, uključujući i tu državu; 4) da ugovor spada u područje te djelatnosti.⁵¹⁶

Pravila o nadležnosti iz Uredbe Brisel I se primjenjuju ako potrošač i profesionalac imaju uobičajeno boravište u EU; ili ako potrošač ima uobičajeno boravište u EU, a za drugu ugovornu stranu se može smatrati da ima uobičajeno boravište u EU, shodno čl. 17, st.2 Uredbe Brisel I⁵¹⁷ ili ako potrošač ima uobičajeno boravište u EU, ali druga strana nema.

Naime, čl. 18, st.1 Uredbe Brisel I predviđa da potrošač može pokrenuti postupak protiv druge ugovorne strane nezavisno od uobičajenog boravišta druge stranke, pred sudovima države članice u kojoj potrošač ima domicil.

⁵¹⁵ Lutzi Tobias, „What’s a consumer?” (Some) clarification on consumer jurisdiction, social-media accounts, and collective redress under the Brussels Ia Regulation“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25/3/2018, 374–381.

⁵¹⁶ Varadi Tibor *et al*, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2017, 411.

⁵¹⁷ To će biti slučaj kada profesionalac nema sjedište u državi članici, ali ima podružnicu, predstavništvo ili drugu poslovnu jedinicu u jednoj od država članica, za tu se stranku u sporovima koji proizilaze iz poslovanja te podružnice, predstavništva ili poslovne jedinice smatra da ima domicil u toj državi članici.

Druga ugovorna stranka može pokrenuti postupak protiv potrošača samo pred sudovima države članice u kojoj potrošač ima domicil.⁵¹⁸

Zaštita koju Uredba pruža potrošačima može se primjeniti čak i kada druga ugovorna strana nema uobičajeno boravište u državi članici EU, što će biti slučaj u situacijama kada potrošač koji ima uobičajeno boravište u državi članici EU, zaključi ugovor sa drugom stranom koja nema uobičajeno boravište u državi članici EU i taj ugovor se odnosi na prodaju robe koja se plaća u ratama⁵¹⁹ ili na zajam koji se otplaćuje u ratama ili bilo koji drugi oblik kredita koji se koristi za finansiranje prodaje robe.⁵²⁰ Takođe, to će biti slučaj kada su ugovorne strane potrošač sa sjedištem u EU i druga strana koja nema sjedište u EU, a ugovor nije za prodaju robe koja se plaća na rate ili za kredit koji se plaća na rate/drugi oblik kredita koji se koristi za finansiranje prodaje robe, a druga strana ili obavlja trgovinske ili profesionalne aktivnosti u državi članici u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište; ili na bilo koji način usmjerava takve aktivnosti ka državi članicu u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište.⁵²¹

Značajan izvor za potrošačke ugovore koji se zaključuju putem interneta predstavlja i Direktiva o elektronskoj trgovini^{522 523} koja u čl. 10 predviđa obavezu veb-sajta da dostavi podatke o svom sjedištu. Međutim, kupcima koji kupuju putem interneta često nisu poznati podaci o sjedištu prodavca (koji se samo koristi uslugama veb-sajta na kojem izlaže svoju robu), pa bi bilo poželjno zakonom uvesti obavezu dostavljanja tih podataka i za same prodavce. Sa tim u vezi, može se postaviti pitanje kako utvrditi sjedište

⁵¹⁸ Čl. 18, st. 2 Uredbe Brisel I (izmijenjene).

⁵¹⁹ Čl. 17, st.1, para.a Uredbe Brisel I (izmijenjene).

⁵²⁰ Čl. 17, st.1, para.b Uredbe Brisel I (izmijenjene).

⁵²¹ Čl. 17, st. 1, para.c Uredbe Brisel I (izmijenjene).

⁵²² Direktiva 2000/31/EZ Evropskog Parlamenta i Savjeta od 8. juna 2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacionog društva na unutrašnjem tržištu, posebno elektronske trgovine (Direktiva o elektronskoj trgovini).

⁵²³ Čl. 3, st.1 Direktive nalaže da svaka država članica mora osigurati da usluge informacionog društva koje pruža davalac usluga s poslovnim sjedištem na njenom državnom području udovoljavaju onim nacionalnim odredbama te države članice koje spadaju u okvir područja koordinacije. Međutim, u predmetu *eDate Advertising v X and Martinez v MGN* Sud pravde EU je našao da se članu 3, stav 1 ne može priznati koliziono dejstvo, već taj član ima za cilj samo da osigura da se na pružaoce usluga informacionog društva ne primenjuju stroža pravila od pravila države njegovog sjedišta. Vidi više: *eDate Advertising GmbH and Others v X and Société MGN LIMITED*, Joined Cases C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685.

odnosno uobičajeno boravište ugovornih strana koje u cjelosti posluju putem interneta.⁵²⁴ Odgovor na to pitanje može se pronaći u odluci Suda pravde EU u predmetu *Wintersteiger v Products 4U*, koji je našao da lokacija servera nije od značaja i da se uobičajeno boravište utvrđuje na isti način kao i za ugovore koji nisu zaključeni putem interneta.⁵²⁵

U praksi se takođe može postaviti pitanje kada će se smatrati da su ispunjeni uslovi za primjenu Uredbe, odnosno kada će se raditi o međunarodnom elementu. Sud pravde EU je u predmetu *Maletic v lastminute.com*⁵²⁶ našao da je za postojanje međunarodnog elementa i za primjenu Uredbe dovoljno da se radi o povezanim ugovorima i da je strana sa kojom je potrošač zaključio ugovor imala sjedište u drugoj državi.

U ovom predmetu tužioci gospodin i gospođa Maletić, sa uobičajenim boravištem u Austriji, rezervisali su i uplatili paket aranžman za Egipat putem veb-sajta *lastminute.com* (čije je registrovano sjedište bilo u Njemačkoj). Na svom veb-sajtu *lastminute.com*, je naznačio da postupa kao putnički agent i da putovanje organizuje TUI, pravno lice sa sjedištem u Austriji. Veb sajt *lastminute.com* je potvrdio rezervaciju, pa ju je proslijedio TUI. Tužioci su primili potvrdu, odnosno račun od TUI koja je sadržala sve podatke preuzete iz rezervacije, ali je u potvrdi bilo navedeno ime drugog hotela sličnog naziva. Tek po dolasku u Egipat tužioci su vidjeli da je nastala greška u vezi sa hotelom i morali su da plate dodatan iznos novca kako bi mogli da borave u hotelu koji su inicijalno rezervisali.

Po povratku sa putovanja, podnijeli su tužbu protiv veb-sajta *lastminute.com* i protiv turoperatora TUI sudu u Austriji, tražeći iznos koji su

⁵²⁴ Edwards Lilian, *Law and The Internet*, Bloomsbury Publishing, 2009, 121.

⁵²⁵ U ovom predmetu Sud pravde EU se bavio pitanjem nadležnosti u slučaju povrede žiga koja je izvršena na internetu. Wintersteiger je bio austrijski proizvođač opreme za skijanje. Products 4U, nemačko preduzeće, stavilo je reč "Wintersteiger" kao ključnu reč za pretragu na google.de sajtu. Wintersteiger je podnio tužbu austrijskom sudu radi povrede žiga registrovanog u Austriji. Sud EU je, u pasusu 36 presude, našao da se mjesto u kojem se nalazi server iz razloga objektivne predvidljivosti i promjenjive lokacije ne može smatrati sjedištem. Dalje, u pasusu 38 presude, sud nalazi da kada se predmet tiče povrede nacionalnog žiga onda bi sudovi te države članice trebalo da imaju nadležnost da razmotre tužbu zbog povrede. Sud je takođe potvrdio da se tužba može podnijeti i u državi u kojoj je strana, koja je izvršila neovlašćenu upotrebu žiga, imala svoje sjedište. Vidi više: *Wintersteiger v Products 4U*, Case C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220.

⁵²⁶ *Armin Maletic et al. v. lastminute.com GmbH et al.*, Case C-478/12, EU: C:2013:735, para. 30.

morali da doplate u Egiptu kao i naknadu štete. Austrijski sud je našao da postoji međunarodna nadležnost samo u odnosu na veb-sajt na osnovu čl. 15, st. 1, tač. (c) Uredbe Brisel I, dok nisu ispunjeni uslovi za nadležnost u odnosu na TUI, u odnosu na koga je slučaj domaći, te se Uredba Brisel I ne može primjeniti u odnosu na drugotuženog.

Glavno pitanje koje je Sud pravde EU trebao da riješi je da li se Uredba Brisel I može primjeniti u odnosu na TUI, drugu ugovornu stranu, odnosno da li u konkretnom slučaju postoji međunarodni element koji bi opravdao primjenu ove Uredbe. Sud je našao da se Uredba Brisel I može primjeniti i u slučaju kada se jedna transakcija može podijeliti na dva ugovora.

Ugovorna veza bračnog para Maletić sa drugotuženim se ne može smatrati domaćom jer je neodvojivo povezana sa drugim ugovorom koji je zaključen između prvotuženog veb-sajta, sa sjedištem u Njemačkoj, i tužilaca. Pojam „druge ugovorne stranke” iz čl. 16, st. 1. Uredbe br. 44/2001 treba tumačiti u smislu da taj pojam označava i ugovornog partnera preduzeća s kojim je potrošač sklopio dotični ugovor, a koji ima sjedište na državnom području države članice u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište. Uredba Brisel I se može primjeniti i ako je sjedište prodavca u istoj državi kao i kupca, ukoliko bi sjedište interaktivnog veb-sajta bilo u drugoj državi.⁵²⁷

Ovakav zaključak proizilazi iz cilja norme koji je potreba za zaštitom slabije ugovorne strane, ali i kako bi se smanjila mogućnost za vođenje paralelnih postupaka i donošenje protivrječnih presuda. Smatramo da bi se ovo tumačenje Suda pravde EU moglo analogno primjeniti i na ugovore o prodaji robe koji se zaključuju posredstvom veb-sajtova.

C. Tumačenje pojma „usmjerava djelatnost“

Naprijed smo naveli da je potrebno da se ispune četiri uslova da bi potrošač mogao uživati posebnu zaštitu koju mu pružaju pravila o nadležnosti, među kojima je i uslov da profesionalac treba da obavlja svoju trgovinsku ili profesionalnu djelatnost u državi u kojoj potrošač ima svoje uobičajeno boravište ili da na bilo koji način usmjerava takvu djelatnost prema toj državi ili više država, uključujući i tu državu.

⁵²⁷ *Armin Maletic et al. v. lastminute.com GmbH et al.*, Case C-478/12, EU: C:2013:735.

Tumačenje pojma „*usmjerava djelatnost*“ je izazvalo probleme u praksi, naročito imajući u vidu činjenicu da se interaktivnim veb-sajtovima može pristupiti iz cijelog svijeta, pa se postavlja pitanje da li se zato može smatrati da oni usmjeravaju djelatnost prema svim državama. Na nivou EU prihvaćen je stav da sama činjenica da je veb-sajt dostupan ne predstavlja dovoljan osnov za primjenu pravila koja se odnose na usmjeravanje djelatnosti.⁵²⁸

Sa tim u vezi, Sud pravde EU je u predmetu *Peter Pammer v Reederei Karl Schluter*⁵²⁹ našao da korišćenje veb-sajta od strane onlajn prodavca radi privlačenja kupaca, ne znači samo po sebi da veb-sajt usmjerava aktivnosti ka potrošačima iz država članica. Potrebno je da prodavac pokaže namjeru da uspostavi trgovinske odnose sa potrošačima iz jedne ili više država članica, uključujući i državu uobičajenog boravišta potrošača.⁵³⁰

Zaključci o ovoj namjeri profesionalca mogu se izvesti iz pominjanja ciljane države članice na veb-sajtu ili plaćanja oglasa veb-sajtvima za oglašavanje robe/usluga u tim državama članicama.⁵³¹

Drugi faktori koji takođe mogu ukazivati na namjeru profesionalca da usmjeri svoje aktivnosti na određene države članice su: međunarodna priroda preduzetih aktivnosti; korišćenje telefonskih brojeva sa međunarodnim pozivnim kodovima; korišćenje naziva domena koji je drukčiji od onog u kojem profesionalac ima sjedište; pominjanje međunarodne klijentele sastavljene od kupaca sa uobičajenim boravištem u različitim državama članicama, posebno uključivanje recenzija koje su napisali takvi kupci; upotreba jezika/valute koja nije ona koja se generalno koristi u zemlji sjedišta prodavca.⁵³²

Navedeni stav Suda pravde EU zasniva se na pretpostavci da je internet nezavisan od lokacije i bazira se na subjektivnoj namjeri vlasnika veb-sajta da usmjerava djelatnost ka potrošačima iz određene zemlje. Međutim, ovaj stav ne uzima u obzir nove tehnologije „*geo-location*” i „*geo-blocking*” koje

⁵²⁸ Tačka 24 Preambule Uredbe Rim I. Uredba (EZ) br. 593/2008 Evropskog Parlamenta i Savjeta od 17. juna 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze (Rim I).

⁵²⁹ *Peter Pammer v Reederei Karl Schluter GmbH & co KG and Hoetel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller*, Joined cases C-585/08 and C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740.

⁵³⁰ *Ibid.*, para.75.

⁵³¹ *Ibid.*, para.81.

⁵³² *Ibid.*, para. 83.

omogućavaju identifikaciju geografske lokacije korisnika i ograničenje isporuke sadržaja na pojedinim lokacijama. Mišljenja o pouzdanosti ovih alata i njihovoj dokaznoj snazi su podijeljena u sudskoj praksi i među autorima, ali ih je svakako značajno pomenuti.

Tehnologije za geolokaciju se nalaze na računaru ili mobilnom telefonu korisnika, i uglavnom određuju lokaciju korisnika putem čipa globalnog sistema pozicioniranja (GPS) ili *wireless-a*.

Ako potrošač, sa uobičajenim boravištem u jednoj državi, prikaže na internetu kako živi u drugoj državi, i namjerno prikriva svoje boravište upotrebom alata za zaštitu od geo lokacije, posebno VPN-ova, ili davanjem lažne adrese, onda takav potrošač ne bi trebalo da bude zaštićen posebnim pravilima o zaštiti potrošača, jer treba uzeti u obzir i potrebu za zaštitom interesa druge ugovorne strane (prodavca), ako je ista savjesna.

Postojanje ovih tehnologija već je priznato u sudskoj praksi, čime je njihova primjena institucionalno prepoznata kao relevantna i legitimna u pravnim postupcima. Tako se na primjer Opšti pravobranilac pozvao na postojanje ovih tehnologija u prilog svojim argumentima u predmetu *eDate Advertising*⁵³³. Takođe, Sud u SAD-u je u predmetu *Nat'l Fed'n of the Blind v Target Corp*⁵³⁴ našao da je „praksa veb-sajtova koji posluju u više zemalja da imaju jedan sajt koji usmjerava kupce na različite verzije na osnovu jezika. Veb-sajt može saznati lokaciju korisnika iz informacija koje daju, kao što je broj kreditne kartice ili od pružaoca internet usluga koje pojedinac koristi.”

Sa tim u vezi, pojedini autori navode da veći značaj ima mjesto gdje se ne usmjerava djelatnost („*dis-targeting test*”). Tako na primjer, *Svantesson* smatra da je neefikasno procjenjivati da li veb-sajt usmjerava djelatnost ka određenoj zemlji, a da se pri tome ne cijeni da li taj veb-sajt koristi tehnologiju geolokacije da bi onemogućio pristup veb-sajtu pojedinim korisnicima putem tehnologija geo-blokiranja, koje pružaju mogućnost prodavcima da ograniče isporuku na potrošače iz pojedinih zemalja.⁵³⁵

⁵³³ Mišljenje opšteg pravobranioca u spojenim predmetima Suda pravde EU broj 509/09 i 161/10, od 29. marta 2011, pasus 47.

⁵³⁴ *Nat'l Fed'n of the Blind v Target Corp* 452 F Supp 2d 946 (ND Cal 2006).

⁵³⁵ Svantesson Dan Jerker B, “Time for the Law to Take Internet Geolocation Technologies Seriously”, *Journal of Private International Law*, 8/2012, 485.

Umjesto toga, on predlaže primjenu testa “detargetiranja” koji se zasniva na pitanju da li je profesionalac preduzeo aktivne mjere da odvрати potrošače iz određene zemlje i da izbjegne zaključivanje ugovora sa njima.⁵³⁶ To znači da umjesto postavljanja teškog pitanja da li je profesionalac usmjerio djelatnost ka određenoj državi, treba radije ispitati da li je profesionalac preduzeo korake da odvрати potrošače iz te države.⁵³⁷

D. Dejstva prorogacione klauzule u potrošačkom ugovoru

U cilju zaštite slabije ugovorne strane, Uredba predviđa posebne uslove koje treba da ispunjava prorogacioni sporazum u potrošačkom ugovoru. Pa tako, da bi prorogacioni sporazum za sporove koji nastanu iz potrošačkih ugovora bio punovažan on mora biti zaključen nakon nastanka spora, omogućavati potrošaču pokretanje postupka pred sudom različitim od suda koji je inače nadležan ili biti sklopljen između potrošača i druge ugovorne stranke, od kojih oba u vrijeme sklapanja ugovora imaju uobičajeno boravište u istoj državi članici i kojim se prenosi nadležnost na sudove te države članice, pod uslovom da taj sporazum nije suprotan pravu te države članice.⁵³⁸

Kada potrošački ugovor sadrži klauzulu o izboru foruma u korist profesionalca, onda se on ne može osloniti na klauzulu kako bi pokrenuo spor pred sudom koji se predviđa kao nadležan u tom ugovoru, zato što čl. 19 propisuje da se od odredbi „može odstupiti samo sporazumom koji je zaključen nakon što je spor nastao“.

⁵³⁶ Zhen Chen, “Internet, consumer contracts and private international law: what constitutes targeting activity test?”, *Information & Communications Technology Law*, 2021, 22.

⁵³⁷ Dan Jerker B.Svantesson “Time for the Law to Take Internet Geolocation Technologies Seriously”, *Journal of Private International Law*, 8/2012, 485.

⁵³⁸ Čl. 19(1) Uredbe Brisel I (izmijenjene).

III Pravila o međunarodnoj nadležnosti za potrošačke ugovore u Crnoj Gori

U cilju usklađivanja sa pravnom tekovinom Evropske unije i obavezama iz procesa evropskih integracija, Zakonom o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore uspostavljena su pravila o posebnoj nadležnosti u cilju zaštite potrošača kao slabije ugovorne strane.⁵³⁹

Međutim, za razliku od Uredbe Brisel I, ZMPP ne sadrži definiciju potrošača i profesionalca, a pravila o nadležnosti se zasnivaju na prebivalištu tuženog.

Posebna zaštita potrošača u Crnoj Gori u osnovi se zasniva na pretpostavkama da potrošač, kao slabija strana može pokrenuti postupak u Crnoj Gori ako ima prebivalište u Crnoj Gori, dok druga ugovorna strana može pokrenuti postupak samo u Crnoj Gori kao mjestu prebivališta slabije strane.

Drugim riječima, pored opštih pravila o nadležnosti, nadležnost suda Crne Gore postoji za tužbu koju potrošač podnosi protiv profesionalca, ako potrošač ima prebivalište u Crnoj Gori.⁵⁴⁰ Sa druge strane, profesionalac može pokrenuti postupak protiv potrošača koji ima prebivalište u Crnoj Gori samo pred sudom Crne Gore.^{541 542}

Zaključujemo da u Crnoj Gori pravila o određivanju međunarodne nadležnosti nisu usklađena sa pravilima o određivanju mjerodavnog prava za potrošačke ugovore koja se zasnivaju na uobičajenom boravištu potrošača⁵⁴³, što u praksi može prouzrokovati probleme koordinacije i čime se povećava rizik od međusobno neusklađenih odluka.

Usklađena pravila na oba nivoa (odnosno načelo paralelizma *Gleichlauftheorie*) omogućavaju potrošačima, kao slabijoj ugovornoj strani, da mogu lakše predvidjeti koji sud će biti nadležan za rješavanje njihovog

⁵³⁹ Kostić-Mandić Maja, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, 2017.

⁵⁴⁰ Čl. 124, st. 1 Zakona o međunarodnom privatnom pravu ("Sl. list CG", br. 1/2014, 6/2014 - ispr., 11/2014 - ispr., 14/2014 i 47/2015 - dr. zakon)- ZMPP.

⁵⁴¹ Čl. 124, st 2 ZMPP.

⁵⁴² Kostić-Mandić Maja, *Private International Law of Montenegro*. International Encyclopaedia of Laws Kluwer Law International, 2022, para. 623.

⁵⁴³ Čl.42 ZMPP.

spora i koje će se pravo primijeniti, čime se povećava predvidljivost, pravna sigurnost, efikasnost postupaka i zaštita potrošača kao slabije ugovorne strane.

Iz tih razloga bi *de lege ferenda* bilo poželjno izvršiti izmjene ZMPP na način da se uobičajeno boravište predvidi kao tačka vezivanja na oba nivoa, a time bi se takođe osigurala usklađenost sa pravilima u EU.

Uslovi koje Zakon o međunarodnom privatnom pravu (ZMPP) postavlja za valjanost prorogacionog sporazuma zaključenog sa potrošačem u velikoj mjeri su slični sa uslovima propisanim Uredbom Brisel I. Tako, od odredaba o nadležnosti predviđenim čl. 124 ZMPP CG se može odstupiti samo na osnovu sporazuma o nadležnosti koji je zaključen poslije nastanka spora i koji omogućava potrošaču da pokrene postupak pred drugim sudom koji bi bio nadležan na osnovu kriterijuma koji nijesu bili navedeni u ovom članu ili je zaključen između potrošača i profesionalca ako u trenutku zaključenja ugovora obje strane imaju prebivalište ili uobičajeno boravište u istoj državi i koji povjerava nadležnost sudovima te države, ako takav sporazum nije suprotan pravu te države.⁵⁴⁴

IV Zaključak

Prilikom koncipiranja pravnih pravila polazilo se od pretpostavke da je internet nezavisan od lokacije u fizičkom smislu. Međutim, u navedenim razmatranjima smo dokazali da internet, u smislu sadržaja koji je dostupan stranama, ipak zavisi od lokacije i da je lokalizacija moguća za većinu pravnih poslova koji se zaključuju onlajn.⁵⁴⁵

Tehnologije za geolokaciju su značajno uticale na percepciju interneta kao prostora koji ipak nije „bezgraničan”, pa se tako rezultati pretrage na pretraživačima (kao što je npr. Google) značajno razlikuju u zavisnosti od lokacije lica koje pretražuje.

Štaviše, ove tehnologije imaju moć da pretvore internet u nešto što veoma podsjeća na realni svijet. Sa tim u vezi, proizilazi da su pravila o međunarodnoj nadležnosti kako na nivou EU, tako i u Crnoj Gori, koja se

⁵⁴⁴ Čl. 124, st 3 ZMPP.

⁵⁴⁵ Lloyd Ian J., *Information Technology Law*, Oxford University Press, 2011, 443.

oslanjaju na lokaciju u fizičkom smislu adekvatna da odgovore izazovima koje nameće internet trgovina.

Naime, „uobičajeno boravište potrošača”, u kombinaciji sa testovima „usmjeravanja djelatnosti” odnosno „neusmjeravanja djelatnosti” kreiraju koherentan pravni okvir za potrošačke ugovore zaključene putem interneta, kojim se omogućava pravna sigurnost i uspostavlja ravnoteža između interesa ugovornih strana i koji kao rezultat vode pravičnom rješavanju pojedinačnih slučajeva

Milana RANKOVIĆ, LL.M.*

INTERNATIONAL JURISDICTION FOR ELECTRONIC CONSUMER CONTRACTS WITHIN THE EU: IMPLICATIONS FOR MONTENEGRO

Summary

Nowadays, the consumer's right to access justice in proceedings with a foreign element is a much-discussed topic, especially in the context of electronic commerce. Internet transactions raise complex issues of private international law, including those related to jurisdiction and the questions of appropriate forum.

The European Union has adopted a significant number of instruments in order to improve the protection of consumer rights when shopping online. The issue of international jurisdiction in the EU is regulated by the Brussels I system, which consists of: the Brussels Convention from 1968, the Brussels I Regulation (44/2001), the Brussels I Regulation (recast) (1215/2012) and the Lugano Convention from 2007. In order to protect consumers as weaker contracting parties, the Brussels I Regulation (recast) introduced rules on favorable jurisdiction. This Regulation applies directly in all member states, whereas, candidates for membership, such as Montenegro, are obliged to harmonize their internal legislation with the EU acquis. In addition to the regulations from the Brussels I system, the paper also analyzes practice of the Court of Justice EU, which plays a significant role in the interpretation of regulations and directives, ensuring their harmonized application in all member states.

In principle, provisions of the Montenegrin PIL Act are harmonized with Brussels I system. However, applying these rules in practice can be challenging. The paper analyzes the impact of EU rules on international jurisdiction for electronic consumer contracts on Montenegrin law and examines whether the existing norms are adequate to meet the challenges

* Teaching assistant, Faculty of Law, University of Montenegro, email: milana.t@ucg.ac.me;
ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9332-6326>

posed by internet commerce and whether the principle of localization is still applicable in private international law.

Keywords: *international jurisdiction, consumer contracts, e-commerce, electronic trade*

Literatura

- Edwards Lilian, *Law and The Internet*, Bloomsbury Publishing, 2009.
- Grenfell Sarah and Gandhi Kushal, „The Brussels Regulation (recast)“, *Compliance & Risk*, 2016, 12.
- Hedley Steve, *The Law of Electronic Commerce and the Internet in the UK and Ireland*, Routledge Cavendish, 2006.
- Kadner Graziano Thomas, „Jurisdiction under Article 7 no. 1 of the recast Brussels I Regulation“, *Yearbook of Private International Law*, 2015, 167.
- Kostić-Mandić Maja, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, 2017.
- Kostić-Mandić Maja, *Private International Law of Montenegro*, International Encyclopaedia of Laws Kluwer Law International, 2022.
- Lloyd Ian J., *Information Technology Law*, Oxford University Press, 2011, 443.
- Lutzi Tobias, „What’s a consumer?’ (Some) clarification on consumer jurisdiction, social-media accounts, and collective redress under the Brussels Ia Regulation“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25/3/2018, 374–381.
- Svantesson Dan Jerker B, “Time for the Law to Take Internet Geolocation Technologies Seriously”, *Journal of Private International Law*, 8/2012, 485.
- Tibor Varadi et al, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2017.
- Zhen Chen, “Internet, consumer contracts and private international law: what constitutes targeting activity test?”, *Information & Communications Technology Law*, 2021, 22.

Nikolina TOMOVIĆ, LL.M.*

MONTENEGRO'S INTERPLAY BETWEEN THE RULE OF LAW AND INVESTMENT PROTECTION

Summary

The rule of law plays a significant role in attracting and safeguarding investments, with particular importance in the areas of legal certainty and stability that investors expect and demand. Montenegro's efforts to strengthen the rule of law have been critical in creating a favorable environment for investment protection, especially as the country seeks to align itself with the standards of the European Union. Montenegro is a signatory to numerous Bilateral Investment Treaties (BITs) that provide protection for foreign investors, such as fair and equitable treatment, protection against expropriation and access to international arbitration. These treaties can be seen as Montenegro's commitment to upholding the rule of law in its dealings with foreign investors. However, Montenegro continues to struggle with judicial inefficiency, political interference and corruption, undermining the effectiveness of its legal framework and creating uncertainty around doing business in the country. This paper will analyze Montenegro's legal framework for the protection of foreign investments, emphasizing the key principles of the rule of law that underlie this protection. The analysis will focus on principles such as legal certainty and fair and equitable treatment, which are essential for creating a stable and predictable investment environment. In addition, the paper will examine ongoing disputes against Montenegro, highlighting cases in which the state has been accused of violating these fundamental principles, thereby calling into question the integrity of its legal commitments to foreign investors and their investments.

Keywords: Rule of law; investment protection; investors; investments; Montenegro

* Teaching Assistant at the Faculty of Law, University of Montenegro; email: nikolinat@ucg.ac.me; ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6316-9281>

Introduction

The importance of the rule of law in attracting foreign investments is well known. Strong legal framework, effective judicial processes, transparency, protection of fundamental human rights and freedoms, access to justice and legal certainty are just some of the rule of law principles that every investor seeks when making a decision to invest. Investors face a variety of risks in dealing with their investment in a foreign state, especially the political and so-called regulatory risks, such as a variety of state actions that can cause loss for foreign investments. For example, states can unexpectedly raise taxes, seize the investor's assets, outlaw the investment activity or impose new and unexpected regulatory conditions.⁵⁴⁶ Therefore, it comes as no surprise that investors are drawn to countries where the rule of law is upheld.

Since Montenegro regained its independence in 2006, it has taken certain steps to strengthen its rule of law and create an attractive environment for foreign investment. Immediately after independence, Montenegro began work on joining the European Union, so in 2007 it signed the Stabilization and Association Agreement with the Union, and in 2012 it officially began negotiations to become a member state. Montenegro faced certain challenges along this path during the negotiations, especially in addressing the chapters on the rule of law, judiciary and fundamental rights (chapter 23) and justice, freedom and security (chapter 24). Nevertheless, Montenegro has been relatively successful in attracting foreign direct investment so far, especially in sectors like tourism, energy and real estate. In this regard, for almost four years, Montenegro has implemented the Program of acquiring economic citizenship based on investment, with the aim of attracting foreign investments and encouraging the economic and infrastructural development of the country. This program allowed foreign investors to obtain Montenegrin citizenship by fulfilling certain conditions and investing in approved projects.⁵⁴⁷ However, due to certain concerns raised by the EU regarding

⁵⁴⁶ Noah Rubins QC, Thomas-Nektarios Papanastasiou, N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution*, Ed. Loukas Mistelis, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, 2020., 16.

⁵⁴⁷ Decision on the criteria, method and procedure of selection of persons who can obtain Montenegro citizenship by admission for the implementation of a special investment program of special significance for the economic and economic interest of Montenegro, ("Official Gazette of Montenegro", No. 79 of December 7, 2018, 12/20, 143/21, 68/22).

money laundering, terrorist financing and organized crime, Montenegro suspended the implementation of this program in 2022.⁵⁴⁸ Although this program brought Montenegro numerous financial benefits (estimated at around 300 million euros in investments and around 70 million euros to the state budget, from fees paid), the program was accompanied by numerous controversies and concerns regarding the lasting effects of granting economic citizenship to foreign investors.

Despite the various rule of law implications of this program that we can also discuss, the paper will further focus on those rule of law principles guaranteed to foreign investors in the Bilateral Investment Treaties (hereinafter: BITs) to which Montenegro is a party. Specifically, the paper will provide an overview of rule of law assessments in Montenegro, followed by a focus on investment disputes in which Montenegro faced allegations of violating key rule of law principles in its treatment of foreign investors and their investments. Notwithstanding that Montenegro has generally been successful in resolving these disputes, the analysis will serve to highlight the soft spots in Montenegro's approach to foreign investment, as well as to provide specific recommendations on how to strengthen the rule of law in the country in order to increase its attractiveness to foreign investors.

I The inextricable connection between investment law and the rule of law

The evolution of international investment law can be seen as an important achievement for the international rule of law. The establishment of investment protection through BITs and the judicialization of Investor-State Dispute Settlement (hereinafter: ISDS) have introduced structured rules and procedures, developing international rules and establishing means for the peaceful settlement of investment disputes.⁵⁴⁹ Therefore, international

⁵⁴⁸ Montenegro informed Brussels that it has abolished economic citizenship, *Radio Free Europe*, 2024., <https://www.slobodnaevropa.org/a/crna-gora-ukinula-ekonomsko-dr%C5%BEavljanstvo/32265425.html>, (20.11.2024).

⁵⁴⁹ Stoll Peter-Tobias, *International Investment Law and the Rule of Law*, Goettingen Journal of International Law 9 (2018) 1, Special Ed. Holterhus, 267-292, 276; Damjanović Ivana, "The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law?", *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge University Press, 2024., 1–17, 8.

investment treaties serve as one of the key tools for strengthening the rule of law in relationships between investors and states.⁵⁵⁰

This strengthening is evident in several dimensions. Firstly, the principles underpinning the rule of law are central to key aspects of investor protection, such as the fair and equitable treatment (hereinafter: FET) standard, safeguarding investors' legitimate expectations and protection against discrimination, among others. Additionally, some scholars argue that the principles supporting investor protection contribute to empowering individuals to stand up against a state, thereby reinforcing the rule of law more broadly.⁵⁵¹ Others suggest that the principles of international investment law also enhance the rule of law at the domestic level within individual countries.⁵⁵²

It is undisputable that some of the basic principles of the protection of foreign investors and investments represent the embodiment of the concept of the rule of law. This embodiment is most evident in the FET standard of protection of investments, as well as in safeguards against unjust or uncompensated expropriation.⁵⁵³ Precisely, some authors recognize seven non-exclusive elements of the FET principle that can render the rule of law standard operable in the investment law practice. These are (1) the principle of legality; (2) administrative due process and the denial of justice; (3) the protection of legitimate expectations; (4) the requirement of stability, predictability and consistency regarding the legal framework; (5) non-discrimination; (6) transparency; and (7) the principles of reasonableness and proportionality.⁵⁵⁴

The principle of legality is a crucial element of the rule of law, requiring that the exercise of public authority follows established procedural and

⁵⁵⁰ Schill Stephan W., *International Investment Law and the Rule of Law*, in Jeffrey Lowell, J. Christopher Thomas and Jan van Zyl Smit (eds.), *Rule of Law Symposium 2014: The Importance of the Rule of Law in Promoting Development* (Singapore: Academy Publishing, 2015), 81-102.

⁵⁵¹ Stoll Peter-Tobias, 277.

⁵⁵² Živković Velimir, „Investiciona arbitraža kao doprinos nacionalnog vladavini prava“, *Strani pravni život* 2/2016, 113-123; See also: Stoll Peter-Tobias, 278.

⁵⁵³ Schill Stephan W., "Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public" in Schill Stephan W. (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, 151.

⁵⁵⁴ Jacob Marc. & Schill S. W., „Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method“, In: Bungenberg, M. et al (eds.). *International Investment Law: A Handbook*, Hart Publishing, 2017., 700-763, para. 40.

substantive rules, and that it is grounded in a legal foundation.⁵⁵⁵ On one hand, the legality of international investment law is upheld through provisions in investment treaties (BITs) and ISDS mechanisms. On the other hand, regarding the FET standard, legality also entails an obligation for the host state to adhere to lawful practices in all its interactions with foreign investments and investors.

Administrative due process and denial of justice reflects the requirement to establish procedural rights for investors in administrative proceedings,⁵⁵⁶ including elements such as timely decision-making, the right to be heard, impartiality of adjudicating authorities, and the provision of reasoned decisions. Administrative due process is intertwined with protection against arbitrary actions, and by upholding this principle, states not only adhere to their international obligations under investment treaties but also contribute to enhancing the rule of law.

The protection of legitimate expectations also plays a significant role in investment protection, as it is considered fundamental for an investor's decision to invest. The reasoning behind the investor's legitimate expectations is that it is commonly viewed as unjust for the host state to implement actions and changes that alter the certain expectations that the state made in its laws and regulations before the investment,⁵⁵⁷ specifically the circumstances that led the investor to invest.⁵⁵⁸ Frustration of investor's legitimate expectations generally implies some "change" in the regulations affecting the investment. Claims derived from the frustration of legitimate expectations of investors are

⁵⁵⁵ Jacob Marc. & Schill, para. 42.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, para. 49.

⁵⁵⁷ However, there remains a key question regarding the nature of promises or commitments that limit a host state's authority to alter its legal framework to the detriment of investors. For instance, some decisions have held that only specific commitments made by a state to an investor can result in liability for subsequent changes to the legal framework. These decisions state that legitimate expectations do not demand that the host state refrain from modifying its legislation unless there has been an assumption of specific commitment to the investor, therefore, investor may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. See: *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, para. 360; *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, para. 217.

⁵⁵⁸ Dumberry Patrick, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, 2020., 324.

generally considered to develop in situations where the investor suffers losses due to changes made by the state.⁵⁵⁹

Legitimate expectations are viewed as creating an obligation for host states to uphold a stable legal and business environment.⁵⁶⁰ This obligation necessitates that the authorities in the host country operate consistently, clearly, and transparently, ensuring that investors are well informed about the regulatory and administrative policies they will encounter. However, the consistency of international investment law has been a topic of intense discussion in recent years due to its interplay with other branches of international law, such as environmental law, human rights, and sustainable development, as well as trade law, labor rights and climate change commitments. This interrelationship is observed to challenge both the legal clarity and consistency of international investment law, which are integral to the broader concept of the rule of law.⁵⁶¹

After all, stability and predictability are essential elements of a business environment, particularly for long-term investments, as they provide investors with the necessary consistency in the host country's legal framework. However, these principles pertain to the normal functioning and law-making development and should not be interpreted as an absolute requirement that would shield foreign investors entirely from regulatory changes in the host country.⁵⁶²

The protection against direct and indirect expropriation is also worth to mention, as it guarantees respect for property rights as a specific aspect of the rule of law and an essential prerequisite for the normal functioning on the market.⁵⁶³ Direct expropriation occurs when a state takes ownership of an investment or implements measures explicitly aimed at depriving the investor of the value of its property. In contrast, indirect expropriation arises when the investor retains legal title to the investment, but state actions effectively deprive them of its economic use or benefit, rendering the investment

⁵⁵⁹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012., https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaei2011d5_en.pdf (12.07.2024), 64.

⁵⁶⁰ *Techmed v. Mexico*, 2003; *CMS v. Argentina*, 2005.

⁵⁶¹ Stoll Peter-Tobias, 282; Damjanović Ivana, 6.

⁵⁶² Jacob Marc & Schill, para. 71.

⁵⁶³ Schill Stephan W., 2015., 8.

functionally worthless or unviable.⁵⁶⁴ Direct and indirect expropriation, when undertaken without adherence to the rule of law, such as lacking transparency, due process, or adequate compensation, violate fundamental principles of international investment law and undermine the legal protections afforded to investors.

Another fundamental principle at the core of investment protection, and thus a key feature of nearly all modern investment agreements, is the principle of non-discrimination.⁵⁶⁵ Nevertheless, concerns have emerged that international investment law might lead to the discrimination of domestic investors at the national level. While it was originally designed to address the inadequate protection of foreign investors, the situation has shifted, and the added international safeguards for foreign investors now seem to risk creating unequal treatment, thereby calling into question the rule of law itself.⁵⁶⁶

Since investment treaties are the primary legal foundation governing the relationship between states and foreign investors, they are also recognized as vital tools for building a rule of law framework for investment relations.⁵⁶⁷ This can also have its impact in countries with weak domestic legal systems,⁵⁶⁸ where investment protection granted in an investment treaty can also contribute to the overall strengthening of the rule of law at the domestic level. Moreover, some argue that these treaties can benefit domestic investors and businesses as well. For instance, in cases where investment projects are carried out through joint ventures between foreign and domestic investors, the domestic investor may indirectly benefit from the protection granted to the foreign investor.⁵⁶⁹ Nonetheless, these effects largely depend on the existing level of the rule of law in a given country. Given Montenegro's central focus in this paper, the following sections will examine the interrelation between the foreign investment climate and the state of the rule of law in Montenegro,

⁵⁶⁴ Derains Yves, Sicard-Mirabal Josefa, *Introduction to Investor State Arbitration*, Chapter 5: Expropriation, Kluwer Law International 2018., 115-132; Bungenberg Marc, „(Direct and Indirect) Expropriation and the Rule of Law“, in *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, August Reinisch (ed.), Stephan W. Schill (ed.), 2023., 61-80.

⁵⁶⁵ Weiler Tod, “Saving Oscar Chin: Non-Discrimination in International Investment Law”, in *International Law, Investment Law and Arbitration*, 2005., 557.

⁵⁶⁶ This particularly stands for the procedural side of investor-state dispute settlement, given that foreign investors have more procedural options than domestic investors for challenging host state measures (e.g. ICSID). Stoll Peter-Tobias, 287-288.

⁵⁶⁷ Schill Stephan W., 2015., 81.

⁵⁶⁸ Stoll Peter-Tobias, 279.

⁵⁶⁹ Schill Stephan W., 2015., 7.

highlighting key weaknesses that have emerged in some of the notable disputes.

II The Rule of Law in Montenegro: On the EU Horizon

The Montenegrin Constitution of 2007 stipulates that Montenegro is a state based on the principle of the rule of law.⁵⁷⁰ As astutely observed by some scholars, while the rule of law naturally requires a constitution, it is not enforced by it, but it stands as a value or concept that includes the principles of legality, judicial independence and other elements which are reflecting the rule of law principle.⁵⁷¹ Therefore, constitutions can only serve their purpose in a society where the rule of law principles prevails. At its core, the rule of law requires not only formal legality, or a narrow conception of the rule of law, but also the idea that the state and its officials must act within a limiting framework of the law.⁵⁷² Many of the principles discussed in the previous section, which embody the rule of law, are reflected in Montenegro's bilateral agreements with other countries. However, the influence of national law and the actions of domestic institutions are unavoidable in implementing certain aspects of the rule of law, which also impact foreign investors and their business activities related to investments in Montenegro. Therefore, it is useful to consider general assessments regarding the rule of law in Montenegro. In this context, the European Commission's annual reports on Montenegro serve as an authoritative source, given the country's active efforts to become the next EU member state.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Constitution of Montenegro, ("Official Gazette of Montenegro", no. 1/2007 and 38/2013 - Amendments I-XVI), Art. 1.

⁵⁷¹ Astrid Lorenz, "Constitutions and the rule of law", in Adrian Vatter & Rahel Freiburghaus (ed.), *Handbook of comparative political institutions*, Edward Elgar Publishing, 2024., 362-377, 362.

⁵⁷² Du Ming, „International Investment Law and the Rule of Law: The Case of China“, *Washington International Law Journal* Vol. 33/2, 2024., 314-344, 322.

⁵⁷³ Montenegro's negotiations for accession to the European Union have been ongoing for over 12 years, with 33 chapters opened and 3 chapters closed so far. In February 2020, Montenegro adopted a new negotiation methodology under which no chapter can be temporarily closed until the Interim Benchmark Assessment Report (IBAR) is received. A positive IBAR indicates that the country has made progress in the areas of the rule of law and the judiciary and is prepared for the next phase of alignment with EU standards. Following a positive IBAR, the country receives final benchmarks from the European Commission, with chapters 23 and 24 closing last upon meeting those benchmarks. See: What is IBAR and why is it important for Montenegro?, *ME4EU*, 2024., <https://www.eu.me/sta-je-ibar-i-zbog-cega-je-vazan-za-crmu-goru/> (19.11.2024).

The European Commission's 2024 Report on Montenegro assessed that the country remains moderately prepared to implement the EU acquis and meet European standards in the area of the rule of law and fundamental rights. Report states that Montenegro has made a good progress overall, which is an improvement compared to 2023 Report with overall progress being described as limited.⁵⁷⁴ The Report highlights that Montenegro has made good progress on key judicial reforms and recommendations from last year, when no progress was recorded in judicial reform. In 2023 EU Commission stated that the Montenegrin judicial system is facing a deep institutional crisis marked by weak leadership, poor planning, and lack of strategic vision, all of which undermine its ability to deliver justice effectively. The 2024 Report acknowledges some overall progress but emphasizes that the quality of justice still “needs to be improved”, while the efficiency of justice “needs to be significantly improved.”⁵⁷⁵ This is particularly due to the substantial backlog of cases pending before the courts. By the end of 2023, the number of cases older than three years had risen by 20% and the average disposition in 2023 increased to 309 days.

While in 2023 EU Commission assessed that Montenegro has achieved some preparation but limited progress in the fight against corruption, in 2024 EU Commission states that Montenegro is between having some level of preparation and a moderate level of preparation in the fight against corruption. This aligns with the 2023 assessment, where the Commission noted that corruption remains widespread, especially in state structures.⁵⁷⁶ However, most of the Commission's recommendations from 2023 were implemented, indicating that Montenegro is making efforts to strengthen its fight against corruption.

The Commission once again emphasized that the judiciary and prosecution remain perceived as vulnerable to political interference, which could undermine public trust in the judicial system.⁵⁷⁷ In 2023, this was primarily attributed to an insufficient rule of law culture in relevant institutions and to shortcomings in the relevant legislation.⁵⁷⁸ Based on these

⁵⁷⁴ Montenegro 2023 Report, EU Commission, Brussels, 8.11.2023., 21; Montenegro 2024 Report, EU Commission, Brussels, 30.10.2024., 5.

⁵⁷⁵ Montenegro 2024 Report, 29-30.

⁵⁷⁶ Montenegro 2023 Report, 5.

⁵⁷⁷ Montenegro 2024 Report, 28.

⁵⁷⁸ Montenegro 2023 Report, 24.

factors, it is clear that Montenegro still has work to do to strengthen the rule of law and enhance its appeal to foreign investors. Since 2006, when Montenegro regained its independence, it has focused on attracting foreign direct investment, with the majority of inflows today concentrated in sectors like tourism, real estate, energy, telecommunications, banking, and construction. Data from the Central Bank of Montenegro shows that between 2006 and the end of 2023, foreign direct investment in the country totaled 13.8 billion euros, with 4.38 billion euros recorded between 2019 and 2023 alone.⁵⁷⁹

In terms of bilateral investment cooperation, Montenegro currently has 24 bilateral investment treaties (BITs) in force, 15 of which are with EU Member States.⁵⁸⁰ However, many of these BITs were inherited as a successor state from its time as part of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and later the Federal Republic of Yugoslavia. As a result, these treaties contain outdated provisions and standards that require revision and adaptation to align with modern practices. As an official candidate for EU membership, Montenegro is actively pursuing substantial reforms to align its legal framework with EU standards, particularly in areas such as the investment climate and protection of foreign investors. The EU Commission acknowledged that Montenegro has shown a solid level of preparation and made progress in regional cooperation.⁵⁸¹ However, this year's EU Report did not address specific investment policies Montenegro should adopt to enhance its appeal to foreign investors, instead reiterating the general recommendations from 2023.

Nevertheless, Montenegro still faces numerous challenges in managing foreign investments, including unfinished projects and difficulties in meeting its previous commitments as a host country. As a result, Montenegro faced numerous accusations of violating some of the key principles of investment protection, which are regarded as fundamental to the rule of law. In dealing with these accusations, Montenegro was part of several concluded disputes,⁵⁸²

⁵⁷⁹ Bulletin of Central Bank of Montenegro, 2024, <https://www.cbcbg.me/> (23.10.2024).

⁵⁸⁰ Montenegro 2023 Report, 131.

⁵⁸¹ Montenegro 2024 Report, 19.

⁵⁸² For example: *Addiko Bank AG v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB/17/35; *Oleg Vladimirovich Deripaska v. the State of Montenegro*, PCA Case No. 2017-07; *CEAC Holdings Limited v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB/14/8; *MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8; *Medusa (Montenegro) Limited v. Montenegro*, PCA Case No. 2015-39.

while some of them are currently ongoing⁵⁸³ and some have been announced, but not officially launched.⁵⁸⁴ In nearly all of these disputes, foreign investors raised issues related to key rule of law principles, such as the FET principle, which is seen as an embodiment of rule of law in investment protection.⁵⁸⁵ In the following section, we will examine these disputes and the questions they raised. We will present the arguments made by foreign investors and explore how investment tribunals addressed these points, offering a clear understanding of potential weak spots in Montenegro's dealings with foreign investments. Finally, we will provide key recommendations on how to strengthen both the rule of law and investment relations with foreign investors.

III Did Montenegro violate rule of law principles in its treatment of foreign investors?

Several investment cases against Montenegro have involved discussions on key principles that are integral to the rule of law. In *Addiko Bank AG v. Montenegro* (2021) tribunal examined whether there has been a breach of the principles of due process⁵⁸⁶ and good faith⁵⁸⁷ when Montenegrin Parliament adopted the "Law on Conversion of Swiss Franc Denominated Loans into Euro Denominated Loans," following the Swiss central bank's decision to eliminate an exchange rate control mechanism. This move caused the Swiss franc to surge in value against the euro, resulting in borrowers having to repay their loans at significantly higher rates. Addiko was obligated to refund

⁵⁸³ For example: „Atlas Group and Duško Knežević v. Montenegro“ (Further detail still not available), *Global Arbitration Review*, 2024., <https://globalarbitrationreview.com/article/banker-makes-good-threat-against-montenegro> (15.11.2024); Susannah Moody, „Montenegro faces claim over unbuilt Ritz-Carlton“, *Global Arbitration Review*, 2024., <https://globalarbitrationreview.com/article/montenegro-faces-claim-over-unbuilt-ritz-carlton> (15.11.2024); "Pauza u arbitraži: Adriatic Properties otvara "Sveti Stefan" na tri mjeseca", *Investitor*, 2024., <https://investitor.me/2024/05/30/pauza-u-arbitrazi-adriatic-properties-otvara-sveti-stefan-na-tri-mjeseca> (15.11.2024).

⁵⁸⁴ „Maljevik bi mogao završiti na arbitraži“, *Vijesti Online*, 2024., <https://www.vijesti.me/vijesti/ekonomija/716688/maljevik-bi-mogao-završiti-na-arbitrazi> (15.11.2024).

⁵⁸⁵ Živković Velimir, *Fair and Equitable Treatment and the Rule of Law*, Elgar International Investment Law series, Elgar Publishing, 2023; Damjanović Ivana, 8.

⁵⁸⁶ Addiko claimed that Montenegro violated the principle of due process by adopting the Abbreviated Procedure in passing the Law on Conversion and its Amendment.

⁵⁸⁷ Addiko claimed that Montenegro's actions were not in good faith because it introduced the Law on Conversion and its Amendment using public interest "as a pretext" to favour a small group of its citizens and to single out Addiko for unfavourable treatment.

money to borrowers without applying interest on the converted loans and reportedly incurred costs of 10 million euros for converting loans that had already been repaid. Addiko argued that this Law violated the Austria-Montenegro BIT⁵⁸⁸ by causing significant financial harm to its investment in Montenegro, as well as that the Law constituted unfair and inequitable treatment and amounted to an indirect expropriation of its assets.

The Tribunal in the Addiko case highlighted that there is a need for the process to be “manifestly unfair or unreasonable”, to demonstrate “a complete lack of transparency and candour” or to “surprise a sense of judicial propriety” for there to be a due process violation. Therefore, minor procedural irregularities will not amount to a violation of the due process principle as long as the principles of natural justice were respected and actions were taken in a transparent manner.⁵⁸⁹ In providing this conclusion, the tribunal relied on the reasonings from *AES v. Hungary*, *Waste Management (II) v. Mexico* and *Adel a Hamid Al Tamimi v. Oman*,⁵⁹⁰ which contained almost the same statements. Tribunal concluded that there was no breach of due process because it has not been shown that the procedure adopted was “manifestly unfair or unreasonable” or lacking transparency and candour.⁵⁹¹

With respect to good faith, the tribunal indicated that in order to prove a violation of the standard of good faith, it must be shown that the State “conspired” to inflict damage on an investment or used a legal instrument “for purposes other than those for which it was created or engaged in comparable conduct.” It has also pointed out that it is a general principle of international law that “good faith is to be presumed, whilst an abuse of right is not.”⁵⁹² In reviewing the relevant facts, the tribunal concluded that Adikko did not provide adequate evidence to show *mala fide* on part of Montenegro and that

⁵⁸⁸ Agreement between the Government of the Republic of Austria and the Federal Government of the Federal Republic of Yugoslavia for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, signed on 12 October 2001 and entered into force on 1 August 2002.

⁵⁸⁹ Addiko award, 160-161.

⁵⁹⁰ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary (II)*, ICSID Case No. ARB/07/22; *Waste Management v. United Mexican States (II)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3; *Adel a Hamid Al Tamimi v. Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33.

⁵⁹¹ Addiko award, 164.

⁵⁹² Cheng Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2006., 305.

the legislative intent in the present case was only to protect the CHF Loan holders, and not to punish the Addiko Bank, as presented by the investor.⁵⁹³

The tribunal in this case further examined whether legitimate expectations of Addiko bank as an investor were frustrated. In doing so, the tribunal firstly underlined that an investor's legitimate expectations are generally created by specific undertakings and representations made by a host state to the investor. However, the tribunal did not determine that they were present in this particular case. Moreover, the tribunal did not find that Montenegro had given any implicit assurances to Addiko that it could have taken into account at the time of the investment.⁵⁹⁴ Therefore, Addiko lost the argument that Montenegrin Law on Conversion and its Amendment frustrated its legitimate expectations.

Addiko also claimed that the Law on Conversion and its Amendment was discriminatory because it treated Swiss Franc Loans differently from Euro-denominated loans. Additionally, that such discrimination was contrary to the protection provided to its investment under the FET clause in the relevant Montenegro-Austria BIT.⁵⁹⁵ However, the tribunal declined this argument stating that Euro-denominated loans cannot be accepted as a valid comparator to the Swiss Francs Loans.⁵⁹⁶ The tribunal relied on the reasonings in *Crystallex v. Venezuela* and *Electrabel v. Hungary*,⁵⁹⁷ concluding that Addiko failed to establish a materially similar comparator, which justifies the tribunal's decision to dismiss the discrimination claim. Particularly, given that Addiko has not submitted sufficient factual evidence to support the allegation or targeted discrimination.

Montenegro avoided serious allegations of breach of obligations under the Cyprus-Montenegro BIT⁵⁹⁸ in the case of *CEAC Holdings Limited v. Montenegro* (2016),⁵⁹⁹ where the Tribunal faced difficulties in qualifying

⁵⁹³ Addiko award, 171.

⁵⁹⁴ Addiko award, 176.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, 184.

⁵⁹⁶ The tribunal explained that the Swiss Franc Loans were more expensive, as they had to be repaid in Euros, which was not the case with the Euro-denominated loans, which were not affected by the sharp changes caused by the conversion.

⁵⁹⁷ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2.

⁵⁹⁸ Agreement between the Republic of Cyprus and Serbia and Montenegro on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, which entered into force on 23 December 2005.

⁵⁹⁹ *CEAC Holdings Limited v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB/14/8.

CEAC as an investor under the BIT.⁶⁰⁰ CEAC submitted that Montenegro failed to provide fair and equitable treatment, full protection and security and national and most-favored-nation treatment to the investment, also violating the Art. 5 of the relevant BIT, which stipulated the obligation *not to expropriate, except in cases in which such measures are taken in the public interest, observe due process of law, are not discriminatory, and are accompanied by adequate compensation effected without delay.*⁶⁰¹

The dispute centers on CEAC's investment in Montenegro's "Kombinat Aluminijuma Podgorica" (KAP), an aluminum plant privatized in 2005. CEAC alleges that Montenegro provided misleading financial information during the tender process, failed to fulfill commitments under a subsequent settlement agreement, and took actions that undermined KAP's financial viability, ultimately leading to the state's seizure of CEAC's investment. These actions included withholding electricity subsidies, obstructing loan agreements, and mismanaging insolvency proceedings to benefit state-owned entities. CEAC claimed that these measures amount to expropriation and a breach of Montenegro's obligations under international investment law.⁶⁰² However, these allegations never reached a final resolution, as the tribunal only discussed jurisdictional matters and rendered a decision that it lacks jurisdiction to hear the case, because CEAC is not an investor in the sense of the relevant treaty.⁶⁰³ Nevertheless, these allegations have raised some

⁶⁰⁰ The tribunal failed to qualify CEAC as an "investor" primarily due to issues surrounding CEAC's nationality and its failure to demonstrate a genuine connection to its alleged home state - Cyprus. CEAC was incorporated in Cyprus, but the tribunal did not find evidence supporting that CEAC had a registered office in Cyprus at the relevant time, nor that CEAC was managed and controlled from Cyprus. As CEAC did not have an effective connection to Cyprus, the tribunal emphasized that formal incorporation alone was not sufficient to establish jurisdiction.

⁶⁰¹ CEAC Award, 13.

⁶⁰² Most Montenegrin BITs protect investors from both direct and indirect expropriation. The majority of BITs cover expropriation, nationalisation and measures having effect equivalent to expropriation and nationalisation, while some refer to "measures having the same effect" for the indirect expropriation measures. In any case, there are four criteria for lawful expropriation: 1) conducted in public interest; 2) following a due process of law; 3) on a non-discriminatory basis and 4) with payment of compensation. See: Slaven Moravčević, Jelena Bezarevic Pajic, Vanja Tica and Vasilije Grgurević Schoenherr, Investment Treaty Arbitration: Montenegro, *Global Arbitration Review*, <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/investment-treaty-arbitration/report/montenegro> (19.11.2024.)

⁶⁰³ CEAC Award, 67.

concerns about Montenegro's adherence to rule of law principles in the investment protection it provides to foreign investors.

Moreover, Montenegro has been challenged over unlawful expropriation also in *MNSS v. Montenegro case (2016)*.⁶⁰⁴ In this case, Dutch companies claimed that Montenegro subjected their investments to discriminatory, unreasonable, unlawful and irregular acts and omissions that directly or cumulatively had the effect of unlawfully expropriating them and violating other standards of protection to which they considered to be entitled under the Montenegro-Netherlands BIT.⁶⁰⁵ In the present case, Dutch companies MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. invested in the steel plant “Željezara Nikšić” in Montenegro through the privatization process. The investors, however, alleged that Montenegro had misrepresented the plant's financial health and operational condition, asserting that it was in much worse shape than presented. Subsequent financial difficulties resulted in bankruptcy proceedings, with the investors claiming that Montenegro's misrepresentation, improper interference, and mismanagement of the bankruptcy process harmed their investment and violated the FET standard under the Montenegro-Netherlands BIT.

On the other hand, the investors claimed that their investment was directly expropriated through the bankruptcy proceedings of “Željezara Nikšić” and the sale of its assets to “Toščelik.” However, the tribunal found that most of the acts at the base of investor's claim were those of the bankruptcy administrator and not Montenegro as the host state, therefore, that these actions cannot be attributed to Montenegro. Part of investor's claim was based on the fact that direct expropriation occurred when the Commercial Court in Podgorica rejected the Reorganization Plan of the plant, which was later upheld by the Montenegrin Court of Appeal. Namely, the investor pointed out that these courts had relied in part on an expert report given by expert who is affiliated with the Government. Nevertheless, the tribunal decided that a court decision could not be considered a direct expropriation unless a denial of justice is found, which was not the case here.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ *MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8.

⁶⁰⁵ Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments Between the Kingdom of the Netherlands and the Federal Republic of Yugoslavia, dated 29 January 2002.

⁶⁰⁶ MNSS Award, 126-127.

Further, the tribunal in the present case found that Montenegro's overall conduct did not amount to a breach of the FET standard, as claimed by the investors. The investors alleged that Montenegro violated the FET principle by failing to prevent the management evictions at Željezara Nikšić, facilitating the plant's bankruptcy, failing to provide a secure environment and to act consistently with all its obligations under the BIT.⁶⁰⁷ Additionally, the claims included failures in regulatory oversight by Montenegro and the Central Bank concerning Prva Banka,⁶⁰⁸ conspiracy with the Worker's Union to bankrupt the company, and interference with the management of the plant.

In sum, the tribunal found that, rather than refusing to assist MNSS, the Government and Central Bank provided limited but non-discriminatory support to the Prva banka, which benefited MNSS, Željezara Nikšić, and other customers. The tribunal highlighted that this limited assistance was not tailored to MNSS's needs and ultimately proved insufficient. However, it also highlighted that MNSS had no right to special assistance from the Central Bank or the Montenegrin Government. Additionally, the tribunal determined that the Government's actions during the plant's financial difficulties were not unfair or inequitable, given the broader economic context. In the end, the tribunal determined that there was no breach of the FET obligation.

IV In conclusion

A silver lining in the series of investment disputes raised against Montenegro is the successful resolution of these cases in Montenegro's favor. At least for now, as some upcoming disputes have yet to be resolved by tribunals. To date, Montenegro has narrowly managed to win cases, by having tribunals declare lack of jurisdiction or that Montenegro has not undertaken specific obligations the investor could rely on to claim frustration of its legitimate expectations. However, since there are still at least a few conflicts to resolve, Montenegro should remain vigilant and continue its work on

⁶⁰⁷ *Ibid.*, 97.

⁶⁰⁸ The investors used Prva Bank for banking transactions related to their investments. However, Prva Banka failed to execute its payment orders in a timely and efficient manner, as it had suffered a liquidity crisis since 2007, which became increasingly severe as the financial crisis of 2008 developed. The investors alleged that Montenegro had violated the FET standard due to inadequate regulatory oversight by the Central Bank of Montenegro (the governing body). Furthermore, the investors alleged that the Montenegrin Government and the Central Bank obstructed transfers and refused to assist investors, doing so in an unreasonable and discriminatory manner.

improving investment climate in the country. This is not only to prevent disputes, but also to attract new investors, especially after its upcoming EU membership. And among the key indicators of a favorable investment climate is a well-organized state that upholds the rule of law. Montenegro is considered a country with enormous potential to become a leading star in attracting foreign investments, especially in the tourism and hospitality sectors, as well as energy and real estate. However, this would have little value if Montenegro were to spend its resources and time on costly arbitration proceedings, potentially resulting in significant damages. Consequently, its rule of law must be substantially evident from the functioning of all institutions and procedures undertaken. In order to strengthen the rule of law, Montenegro should adopt clear and predictable laws that will be enacted in a transparent manner and implemented on a non-discriminatory basis. Judicial independence and anti-corruption measures are two cornerstones for a more robust rule of law in Montenegro. In dealing with foreign investors, bilateral investment treaties are of utmost importance, and therefore Montenegro needs to give a fresh look to its mostly long-established BITs. Since the EU membership is one of the country's priorities, Montenegro should follow and would have to follow the best EU practices in terms of the treatment of foreign investments and the resolution of arising disputes.

mr Nikolina TOMOVIĆ*

MEĐUSOBNI ODNOS IZMEĐU VLADAVINE PRAVA I ZAŠTITE INVESTICIJA U CRNOJ GORI

Sažetak

Vladavina prava igra značajnu ulogu u privlačenju i zaštiti investicija, sa posebnim značajem u oblastima pravne sigurnosti i stabilnosti koje investitori očekuju i zahtijevaju. Napori Crne Gore u jačanju vladavine prava su bili od ključnog značaja za stvaranje povoljnog ambijenta za zaštitu investicija, posebno imajući u vidu težnju usklađivanja sa standardima Evropske unije. Crna Gora je potpisnica brojnih bilateralnih investicionih sporazuma (BIS) koji obezbjeđuju zaštitu stranih investitora, kao što su fer i pravičan tretman, zaštita od eksproprijacije i pristup međunarodnoj arbitraži. Ovi sporazumi se mogu posmatrati kao posvećenost Crne Gore dosljednom sprovođenju vladavine prava u odnosima sa stranim investitorima. Međutim, Crna Gora se i dalje suočava sa određenim poteškoćama u vidu neefikasnosti pravosuđa, političkog uplitanja i korupcije, što podriva učinkovitost njenog pravnog okvira i kreira neizvjesnost poslovnih aktivnosti u zemlji. U ovom radu biće analiziran crnogorski pravni okvir za zaštitu stranih investicija, naglašavajući ključne principe vladavine prava koji se nalaze u osnovi ove zaštite. Analiza će se fokusirati na principe kao što su pravna sigurnost i fer i pravičan tretman, a koji su od suštinskog značaja za stvaranje stabilnog i predvidljivog investicionog ambijenta. Pored toga, rad će analizirati aktuelne sporove protiv Crne Gore, ističući slučajeve u kojima je država optužena za kršenje osnovnih principa vladavine prava, a što je dovelo u pitanje i integritet njenih pravnih obaveza prema stranim investitorima i njihovim ulaganjima.

Ključne riječi: *Vladavina prava; zaštita investicija; investitori; investicije; Crna Gora*

* Saradnica u nastavi na Pravnom fakultetu, Univerzitet Crne Gore; email: nikolinat@ucg.ac.me; ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6316-9281>

Bibliography

Books and articles

Astrid Lorenz, "Constitutions and the rule of law", in Adrian Vatter & Rahel Freiburghaus (ed.), *Handbook of comparative political institutions*, Edward Elgar Publishing, 2024., 362-377.

Bungenberg Marc, „(Direct and Indirect) Expropriation and the Rule of Law“, in *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, August Reinisch (ed.), Stephan W. Schill (ed.), 2023., 61-80.

Cheng Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2006.

Damjanović Ivana, "The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law?", *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge University Press, 2024., 1–17.

Derains Yves, Sicard-Mirabal Josefa, *Introduction to Investor State Arbitration*, Chapter 5: Expropriation, Kluwer Law International 2018., 115-132.

Du Ming, „International Investment Law and the Rule of Law: The Case of China“, *Washington International Law Journal* Vol. 33/2, 2024., 314-344.

Dumberry Patrick, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, 2020.

Jacob Marc. & Schill S. W., „Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method“, In: Bungenberg, M. et al (eds.). *International Investment Law: A Handbook*, Hart Publishing, 2017., 700-763.

Noah Rubins QC, Thomas-Nektarios Papanastasiou, N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution*, Ed. Loukas Mistelis, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, 2020.

Schill Stephan W., "Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public" in Schill Stephan W. (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010.

Schill Stephan W., *International Investment Law and the Rule of Law*, in Jeffrey Lowell, J. Christopher Thomas and Jan van Zyl Smit (eds.), *Rule of Law Symposium 2014: The Importance of the Rule of Law in Promoting Development* (Singapore: Academy Publishing, 2015), 81-102.

Stoll Peter-Tobias, *International Investment Law and the Rule of Law*, *Goettingen Journal of International Law* 9 (2018) 1, Special Ed. Holterhus, 267-292.

UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012.

Weiler Tod, "Saving Oscar Chin: Non-Discrimination in International Investment Law", in *International Law, Investment Law and Arbitration*, 2005.

Živković Velimir, „Investiciona arbitraža kao doprinos nacionalnog vladavini prava“, *Strani pravni život* 2/2016, 113-123.

Živković Velimir, *Fair and Equitable Treatment and the Rule of Law*, Elgar International Investment Law series, Elgar Publishing, 2023.

Online sources

Slaven Moravčević, Jelena Bezarevic Pajic, Vanja Tica and Vasilije Grgurević Schoenherr, *Investment Treaty Arbitration: Montenegro*, *Global Arbitration Review*, <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/investment-treaty-arbitration/report/montenegro> (19.11.2024.)

What is IBAR and why is it important for Montenegro?, *ME4EU*, 2024., <https://www.eu.me/sta-je-ibar-i-zbog-cega-je-vazan-za-crnu-goru/> (19.11.2024).

Bulletin of Central Bank of Montenegro, 2024, <https://www.cbcbg.me/> (23.10.2024).

Atlas Group and Duško Knežević v. Montenegro, *Global Arbitration Review*, <https://globalarbitrationreview.com/article/banker-makes-good-threat-against-montenegro> (15.11.2024).

Montenegro informed Brussels that it has abolished economic citizenship, *Radio Free Europe*, 2024., <https://www.slobodnaevropa.org/a/crna-gora->

<ukinula-ekonomsko-dr%C5%BEavljanstvo/32265425.html>, (20.11.2024).

Montenegro 2023 Report, EU Commission, Brussels, 8.11.2023.

Montenegro 2024 Report, EU Commission, Brussels, 30.10.2024.

Susannah Moody, Montenegro faces claim over unbuilt Ritz-Carlton, *Global Arbitration Review*, 2024.,

<https://globalarbitrationreview.com/article/montenegro-faces-claim-over-unbuilt-ritz-carlton> (15.11.2024).

„Maljevik bi mogao završiti na arbitraži", *Vijesti Online*, 2024.,

<https://www.vijesti.me/vijesti/ekonomija/716688/maljevik-bi-mogao-zavrsiti-na-arbitrazi> (15.11.2024).

"Pauza u arbitraži: Adriatic Properties otvara "Sveti Stefan" na tri mjeseca", *Investitor*, 2024., <https://investitor.me/2024/05/30/pauza-u-arbitrazi-adriatic-properties-otvara-sveti-stefan-na-tri-mjeseca/> (15.11.2024).