

Илија ВУКЧЕВИЋ*

МОГУЋНОСТ ПРИМЈЕНЕ ПРИНЦИПА СРАЗМЈЕРНОСТИ У УПРАВНОМ ПРАВУ ЦРНЕ ГОРЕ

Апстракт: У раду се анализира могућност примјене општег правног принципа сразмјерности (пропорционалности) у области управног права Црне Горе. Поред наведеног, истакнути су и ставови судске праксе Уставног суда Црне Горе, која представља једину област црногорског правног система у којој се овај принцип примјењује, као и становишта Европског суда за људска права и Суда правде Европске уније у вези са дефинисањем природе и сврхе принципа сразмјерности. У контексту могућности примјене принципа сразмјерности детаљно су сагледана рјешења садржана у важећем Закону о општем управном поступку, као и она из новог Нацрта Закона о општем управном поступку. Такође, рад садржи и студију случаја у којој се указује како би у пракси државни органи требали примјењивати предметно правно начело.

Кључне ријечи: принцип сразмјерности, управно право, Управни суд Црне Горе, Уставни суд Црне Горе

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Принцип сразмјерности (пропорционалности) представља правни концепт који се већ дуго година примјењује у управном и уставном праву многих европских држава (прије свега Њемачке и Француске), као и пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП), односно Суда правде Европске уније (у даљем тексту: СПЕУ). Када је ријеч о правном систему Црне Горе, примјену овог начела је могуће наћи искључиво у пракси Уставног суда који је извршио његову транспозицију из праксе ЕСЉП. Поред његове ва-

* Др Илија Вукчевић, Институт за правне студије, Подгорица

жности на генералном нивоу, постоје ваљани разлози који у овом тренутку чине неопходном анализу постојања могућности примјене принципа сразмјерности у управном праву Црне Горе. Прије свега важећи *Закон о ошћем уйравном йосћууку*¹ (у даљем тексту: ЗУП) представља практично једини законски текст у коме је могуће у *ad legem* облику наићи на предметно начело, док у пракси постоји потпуно одсуство примјене истог од стране државних органа. Додатно, важност разумијевању овог правног концепта даје и чињеница да је у поступку јавне расправе нови *Нацрт Закона о ошћем уйравном йосћууку*² (у даљем тексту: Нацрт ЗУП-а) који додатно наглашава и дефинише ово правно начело.

2. ПОЈАМ ПРИНЦИПА СРАЗМЈЕРНОСТИ

Генерално, принцип сразмјерности је у савременим правним системима инспириран идејама које чине темељ либералне демократије, а посебно бриге о заштити појединца *vis-à-vis* државе и примисе да законска интервенција мора бити прикладна постизању њених циљева.³ Суштину овог принципа на најбољи могући начин осликавају пракса СПЕУ, као и пракса ЕСЈП. Наиме, овај принцип представља један од општих правних принципа права ЕУ:

*Суд йреба дити йоседно осјейљив када се дави йроблемима који се йичу основних йрава која чине йемељ свакој йраћанској друштва. Пошћовање слободе, йрава на власништва, декларација йринципа једнакости, забране дискриминације, йройорционалости — цийирам само један број који су у йошћуности йризнаити — чине дио коцетйа йрава који уйравља и чини оквир цйјелој сисћема Заједнице и из којеј йај сисћем, чак и у случају йримјене на йојединачне случајеве, не може никада да одсћуи.*⁴

Као добар примјер одређења овог принципа у судској пракси СПЕУ може послужити случај *The Queen v Ministry of Agriculture*:

¹ *Закон о ошћем уйравном йосћууку*, „Службени лист РЦГ”, бр. 60/03, „Службени лист Црне Горе”, бр. 32/11.

² *Нацрт Закона о ошћем уйравном йосћууку*, хттпс://гоо.гл/ТКРУУ 0

³ Jürgen Schwarze: *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1992, стр. 679.

⁴ Мишљење АГ Мг Trabucchi у случају 4/73 Nold v. Commission, стр. 513.

Треба појасјетити да принцип пропорционалности, као један од основних принципа права ЕУ, захтијева да мјера ... не превазилази границе онога што је оправдано и неопходно да би се дошло до циљева који се легитимно желе постићи предметним законодавством; када постоји могућност избора између више оправданих мјера, избор мора пасти на ону најмање наметљиву, и неопходне последице које настају на основу ње не смију бити диспропорционалне са циљем који се жели постићи...⁵

Када је ријеч о утемељењу принципа сразмјерности у правном систему ЕУ, СПЕУ га заснива на чињеници да је ријеч о општем правном принципу правних система многих држава чланица, прије свега утемељеним у управном праву Немачке и Француске, као и уставном праву Немачке. Управо се у немачком случају *Internationale Handelsgesellschaft*⁶, који се тиче уставне материје, први пут у судској пракси СПЕУ помиње принцип сразмјерности.⁷ Такође, овај случај, који је као претходно питање упутио Савезни уставни суд Немачке, представља један од најважнијих у судској пракси СПЕУ, пошто је у овој пресуди детаљно образложио заштиту људских права као општи концепт права ЕУ. *AG Dutheillet de Lamothe* је у оквиру свог мишљења дефинисао суштину принципа пропорционалности тако да:

...појединцу не би требало ограничавати слободу дјеловања више од што је неопходно у овом интересу...⁸

⁵ СПЕУ, 157/96 *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd and Vian Exports Ltd*, пасус 60.

⁶ СПЕУ, 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Frankfurt-amMain*.

⁷ Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti, Adam Tomkins: *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, 2008, стр. 448.

⁸ Мишљење *AG Dutheillet de Lamothe* у случају 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Frankfurt-amMain*, стр. 1147.

На овај начин принцип сразмејрности, кроз судску праксу о људским правима, као саставни дио праксе Савезног уставног суда Њемачке на овом пољу, налази пут до права ЕУ и постепено улази на поље слобода кретања.⁹ Дакле, принцип сразмејрности захтијева да мјера мора да буде прикладна (*appropriate, suitable*) и неопходна (*necessary*) за постизање циља:

...као прво, да средства која се користе у постизању циља одговарају његовој важности; као друго, да ли су неопходна за његово постизање...¹⁰

Из овога сlijеди да се предметни принцип заснива на двије премисе: теста прикладности и теста неопходности. Први се тиче односа средства и циља. Средства која мјера користи морају бити прикладна, односно имати разумну вјероватноћу за постизање њених циљева. Други се састоји у мјерењу супротстављених интереса. СПЕУ оцјењује супротне посљедице које нека мјера има на одређени интерес вриједан правне заштите и одређује да и су те посљедице оправдане у погледу важности циљева којима теже.¹¹

Слично и у пракси ЕСЉП овај принцип налази широку примјену, а може се рећи да је иста импреативне природе. Наиме, тврдња о императивној примјени принципа сразмејрности подржана је и чињеницом да национални судови немају само могућност већ, такође, и обавезу да поштују и примјењују *Евројску конвенцију о заштити људских права и слобода* (у даљем тексту: *Евројска конвенција*) у поступцима који су им повјерени на основу Устава и црногорских прописа.¹² Под супервизијом ЕСЉП анализа сразмејрности је сада у процесу дифузије у свим националном правним системима Европе, гдје се по правилу апсорбује у облику уставног прин-

⁹ Tor-Inge Harbo: The Function of the Proportionality Principle in EU Law, *European Law Journal*, Vol. 16, Blackwell Publishing, 2010, стр. 164.

¹⁰ SPEU, 358/88 Oberhausener Kraftfutterwerk Wilhelm Hopermann GmbH, Oberhausen v. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, Frankfurt am Main, пасус 13.

¹¹ Takis Tridimas: *The General Principles of EU Law* (second edition), Oxford University Press, 2006, стр. 139.

¹² У том смислу види — Студија о усаглашености законодавства Црне Горе са Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама, Савјет Европе — Канцеларија у Подгорици, 2004, стр. 19.

ципа. На територији коју данас покрива *Евројска конвенција*, у случају да национални судови не примјењују анализу сразмјерности у предметима у којим одлучују о квалификованим правима или недискриминацији, исто се сматра кршењем права из *Евројске конвенције* — права на дјелотворан судски лијек.¹³

Овакви ставови се темеље на чињеници да национални судови морају поштовати опште правно начело везано за тумачење међународних споразума — *favor conventions*. Предметни принцип подразумијева да цјелокупно домаће законодавство мора бити тумачено у контексту и духу међународних споразума који чине нераздвојиви дио националног правног система државе. У Њемачкој је овај концепт познат као *Völkervergleichsgrundsatz* *Auslegung* те, како је појаснио Савезни уставни суд Њемачке:

„...сви закони, њиховијећи и будући, морају се тумачити у свјетлу Конвенције” (*BVerfGE 74, 358 /370/; Frowein, 1987*).¹⁴

Једино ограничење овог приступа је да тумачење мора бити у складу са уставом. Ови ставови су примјетни у судској пракси Уставног суда Мађарске који сматра да се „принцип *фавор конвенционис* примјењује до степена када је прекршен устав као резултат тумачења усклађености мађарског закона са међународним уговором”.¹⁵

Међутим, за разлику од СПЕУ, ЕСЉП сматра, када је примјена овог принципа у питању, да у неким областима постоје широка дискрециона овлашћења држава чланица, у оквиру концепта „поља слободне процјене” (*margin of appreciation doctrine*). Овај концепт, чешће описиван као доктрина него као принцип, односи се на простор за маневар који су судске институције у Стразбуру спремне да признају националним властима приликом испуњавања њихових

¹³ Alec Stone Sweet, Jud Mathews: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008, стр. 151.

¹⁴ Синиша Родин: Придруживање Хрватске Европској Унији: Преобразба Правног Сустава, у Придруживање Хрватске Европској Унији: Изазови Судјеловања, ed. Katarina Ott, Институт за јавне финансије и Зграда Friedrich Ebert, 2006, стр. 228.

¹⁵ Janos Volkai: The Application of the Europe Agreement and European Law in Hungary: The Judgment of an Activist Constitutional Court on Activist Notions, *Harvard Jean Monnet Working Paper 8/99*, стр. 25.

обавеза на основу *Европске конвенције*.¹⁶ Ширина маневарског простора зависи од области друштвеног живота у којем се примјењује принцип сразмејрности. Нпр. у области социјалне и економске политике праг заштите је веома низак:

*Суд погсјећа да државе имају широко поље слободне процјене у одређивању шта се подразумева под ошћим интересом јер национални законодавац има широка овлашћења у сировођењу социјалних и економских полићика.*¹⁷

3. ПРИНЦИП СРАЗМЈЕРНОСТИ У ПРАКСИ УСТАВНОГ СУДА ЦРНЕ ГОРЕ

Треба апострофирати да Уставни суд представља једину судску инстанцу у црногорским оквирима која користи начело сразмејрности као израз заштите грађанина у контексту ограничења неконтролисаних овлашћења држава. Прецизније, Уставни суд већ неколико година константно примјењује овај општи правни принцип презет из праксе ЕСЉП, а правни основ налази у одредбама Устава:

*...да се права и слободе остварују на основу Устава и поврђених међународних сјоразума (члан 17 сћав 1), да се зајамчена лудска права и слободе моћу оћраничћи само законом, у обиму који доушћи Устав у мјери која је неоходна да би се у оћвореном и слободном демокраћском друшћиву задовољила сврха збоћ које је оћраничење дозвољено и да се оћраничења не смију уводћи у друће сврхе осим оних ради којих су поћисана (члан 24).*¹⁸

Уставни суд детаљно разрађује суштину ограничења лудских права и слобода из члана 24 Устава:

Сви државни оћани, према одредбама члана 24 Устава, поћриком оћраничења лудских и мањинских права морају да

¹⁶ Steven Greer: The Interpretation of the European Convention on Human Rights — Universal Principle or Margin of Appreciation, UCL Human Rights Review [Vol 3], стр. 2.

¹⁷ ЕСЉП, *Interslav v. Ukraine* (9. јануар 2007), бр. 803/02, пасус 38.

¹⁸ Уставни суд Црне Горе (9. октобар 2012) У-И бр. 15/12 и 17/12.

*воде рачуна о: 1) суштини њихова која се ограничава, 2) важно-
сти сврхе ограничења, 3) њихови и обиму ограничења, 4) о од-
носу ограничења са сврхом ограничења, и 5) да ли постоји начин
да се сврха ограничења постојеће мањим ограничењем њихова.¹⁹*

Дакле, сходно наведеном, када је ријеч о примјени принципа сразмјерности у конкретним предметима, он најчешће служи Уставном суду као критеријум проликом процјене ограничења неког права подносиоца захтјева:

Полазећи од наведених уставних норми по оцјени Уставног суда, одорене законске одредбе нијесу несавласне са Уставом Црне Горе и Евројском конвенцијом за заштити људских њихова и основних слобода. Наиме, њиховијући ограничење њихова на ширајк одређеним категоријама заослених, законодавац се крећао у оквиру овлашћења њиховисаних Уставом и Евројском конвенцијом, јер је обим ограничења у сразмјери са циљем збој која је по ограничење њиховисано.²⁰

Принцип сразмјерности је широко прихваћен као поступак у управљању споровима који укључују сукоб између два права појединаца и државног или јавног интереса.²¹ Слично разумијевање овог принципа налазимо и у пракси Уставног суда који га у овом контексту назива и „принципом балансирања”:

Принцип њиховорционалности у ужем смислу (принцип балансирања), значи да одоварајуће и неопходне мјере не смију њихоремејити њиховичну равнотежу и/или уништити суштинину њихова... Пројорционаност неће постојати када вајање њиховиној и јавној интереса није сроведено на разуман начин или када је на појединца њао исувине велик њихерет у односу на јавни циљ која њихреда постојећи...²²

¹⁹ Уставни суд Црне Горе (30. мај 2014) У-И бр. 13/14.

²⁰ Уставни суд Црне Горе (17. јул 2009) У. бр. 67/09.

²¹ Tor-Inge Harbo: „The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, Vol. 16 European Law Journal, (2010), 158–185, и 158.

²² Уставни суд Црне Горе (30. мај 2014) У-И бр. 13/14.

Дакле, суштина принципа сразмјерности је у сљедећем: уколико државни орган има на располагању двије или више могућих мјера заснованих на закону, а све постижу намјеровани циљ, он је дужан примијенити ону која је најповољнија по појединца. Ове ставове прати и Уставни суд:

То значи да ојраничавајућа љравна љравила морају бити љрикладна за остваривање љосћављеној циља, да она не смију бити ошћрија (сћрожија) нејо шћо је неоћходно и да морају бити уравнићжена у односу између Усћавом зајамченој субјекћивној љрава љојединца и инћереса друшћивене заједнице (љравној љорешка).²³

Могуће је рећи да овај концепт практично чини неизоставни дио сваке анализе нарушавања начела једнакости/недискриминације у пракси Уставног суда. ЕСЉП сматра да принцип једнакости неће бити нарушен само: 1) уколико је ријеч о легитимном циљу политике државе и 2) уколико постоји разумна пропорционалност између употреједљеног средства (нпр. пореског ослобођења) и намјераног циља.²⁴ Ове ставове слиједи и Уставни суд:

Оцјењујући разлоје усћавне жалбе са сћановишћа одредбе члана 8 сћав 1 Усћава која садржи усћавно јемсћиво недискриминације, а на чију љовреду љодносилац указује здој различићој љосћуијања суда искључиво на основу држављансћива, Усћавни суд указује да дискриминација значи различићо љосћуијање љрема особама у исћим или релеванћно сличним сићуацијама без објекћивној и разумној ојравдања. Мећућим, различићо љосћуијање љрема љојединим исћоврсним или сличним љруијама није забрањено ако за ћо љосћоје дрући ојравдани, на Усћаву ућемељени разлози. Дакле, различићо уређење љрава и обавеза смаћраће се дискриминаћорским ако ћо разликовање нема објекћивној и разумној ојравдања, а ћо значи да не ћежи лећићимном циљу или да не љосћоји

²³ Уставни суд Црне Горе (30. мај 2014) У-И бр. 13/14.

²⁴ У том смислу види — Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов: Једнакост грађана у пореском праву, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, бр. 33/2011, стр. 145.

разумна сразмјерносћ између ујоћриједљене мјере и циља који се њоме настоји њосћићи. Истћи сћав заузео је и Еуројски суд за људска љрава у Strasbourg (љресуда Stec and Others v. the United Kingdom GC, ог 12. ајрила 2006. јодине)...²⁵

У поменутом контексту, овај принцип се примјењује не само приликом анализе кршења начела једнакости/недискриминације, већ и других уставних принципа. Дobar примјер за то је пракса Уставног суда у оквиру анализе кршења права на мирно уживање имовине:

... Мијешање државе у љраво на мирно уживање имовине, љрема љпракси Евројској суда за људска љрава, љрви љућ љри-мијењено у љредмећу Sporrong и Lönnrot љроћив Швејске (љресуда ог 23. сепћембра 1982., захћјев бр. 7151/75 и 7152/75.), до-звољено је само ако су исћуњена кумулаћивно љри услова: 1) мора бийћи љроћисано законом (ћј. лејално); 2), мора бийћи у јавном или оћшћем инћересу (ћј. лејћимно) и 3) да је не-оћходно у демокраћском друшћиву, односно да је „разумно“ и „сразмјерно“ циљу који се њима жели љосћићи...²⁶

Када је ријеч о модалитетима примјене принципа сразмејрности, интересантно је примјетити да Уставни суд прати доктрину „поља слободне процјене“ развијене у пракси ЕСЉП:

Евројски суд смаћра, да објекћивно и разумно оћравдање љосћоји ако љосћоји лејћиман циљ и љројорционалан однос између циља који се желио љосћићи и средсћава која су ујо-ћриједљена. Ућврћивање љосћојања лејћимној циља и љро-јорционалносћи даје одређен ниво дискреције односно „сло-бодне љроцјене“ (енј. „Margin of Appreciation“) државама чла-ницама да урећују одређене обласћи самосћално. Појам „сло-бодне љроцјене“ је ћермин који се корисћи у мећународном јавном љраву и односи се на љраво држава да љроцјене чиње-

²⁵ Уставни суд Црне Горе (1. март 2012) Уж-III бр. 416/10.

²⁶ Уставни суд Црне Горе (20. децембар 2012) У-И бр. 23/10.

нично стијање и њему уиџврде начин на који ће ѡримиијениии међународно ѡраво људских ѡрава.²⁷

Добар примјер примјене предметног принципа у пракси Уставног суда, када је он ушао у суштинску оцјену сразмјерности између законске мјере и њене опште друштвене користи, у контексту начела социјалне правде, јесте случају у којем је цијенио уставност Закона о зарадама јавних функционера²⁸, а тицао се питања:

...да ли је осѡореним законским одредбама, које ѡризнају ѡраво на ѡривилеѡване ѡензије свим дившим и садашњим вршиоцима државних ѡолиииичких функција, ѡочев од 27. децембра 1990. ѡодине, ѡосѡииинуѡа ѡравична равнѡијежа између инѡиереса друшѡивене заједнице и индивидуалних ѡрава агресаѡа закона, ѡиј. вршиоца државних функција, ѡдносно сразмјерности осѡорене законске мјере.²⁹

Уставни суд је, у том смислу, сматрао да правни положај државних функционера има своје посебности које произилазе из Устава, па регулисање њихових пензија на начин који је различит од општег система пензијског осигурања може бити засновано на њиховом посебном правном положају, правној природи мандатних политичких функција произашлих из Устава, повећаној одговорности у вршењу тих функција, јавности рада, ограничености мандата, неспојивости вршења других послова за вријеме трајања мандата, напуштању у том раздобљу дотадашњег занимања или професије итд. Привилегована пензија државних функционера, због природе њихових уставних дужности и одговорности, могла би, стога, представљати правни израз тих посебности, али она увијек мора бити сразмјерна општим социјалним и економским приликама у земљи. На основу овога Уставни суд доноси закључак да спорни закон крши принцип сразмјерности у контексту начела социјалне правде, те доноси одлуку о укидању спорних законских одредаба:

²⁷ Уставни суд Црне Горе (12. јул 2012) У-И бр. 29/11 и 4/12.

²⁸ Закон о зарадама и друѡим ѡримањима државних и јавних функционера, „Службени лист Црне Горе”, бр. 33/8.

²⁹ Уставни суд Црне Горе (24. децембар 2009) У. бр. 86/08, 43/09, 103/09 и 108/09.

Ако је њросјечна висина њензије објективни израз оишћих социјалних и економских њрилика у земљи, онда висина њривилећоване њензије државних функционера не смије несразмјерно одсћуйаћи од њросјечне њензије. Привилећоване њензије њројисане одредбама чл. 12–19 Закона су изразићо несразмјерне њросјечним њензијама у земљи, ња су, сћоћа, несаћла-сне са чланом 1 Усћава, који Црну Гору дефинише као ћраћанску државу засновану на њринцићима демократићје, владави-не њрава и социјалне њравде.³⁰

4. МОГУЋНОСТ ПРИМЈЕНЕ ПРИНЦИПА СРАЗМЈЕРНОСТИ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Као што је већ речено, настанак принципа сразмејрности је управо везан за уставно и управно право неких европских националних правних система (Њемачка, Француска). Међутим, док је предметни принцип већ постао дио устаљене црногорске уставно-судске праксе, његова примјена у области управног права је још увијек у самом зачетку.

4.1. Принцип сразмјерности и „Закон о оишћем ућравном њосћуйку”

Изостанак примјене принципа сразмјерности у управном поступку се може сматрати веома изненађујућим, пошто је ЗУП један од ријетких законских текстова у правном систему Црне Горе у којем је могуће наћи овај принцип у *ad literam* облику. Наиме, поред ЗУП-а, на овај принцип је могуће, између редова, наићи и у тексту *Сћоразум о сћабилитацији и ћридруживању*:

Ако једна од ућоворних сћирана сматћра да друћа ућоворна сћирана није усћјела да исћуни неку обавезу из овој Сћоразума, она може ћредузетћи одћоварајуће мјере...При одабдиру мјера, ћредности се мора даћи оним мјерама које најмање нарушавају функционисање овој Сћоразума.³¹

³⁰ *Ibid.*

³¹ Члан 129 став 4 Споразума о стабилитацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Републике Црне Горе, 15. октобар 2007.

Са друге стране, у оквиру важећег ЗУП-а принцип сразмејрности је обухваћен ширим правним принципом формулисаним у засебном рубруму — „заштите права грађана и заштите јавног интереса”, па је стога могуће да у случају читања овог законског текста са недовољном минуциозношћу исти не буде примјећен:

При вођењу постојаности и рјешавању у ујавним стварима, ордани су дужни странкама омогућити да што лакше заштити и остваре своја права и јавне интересе, водећи рачуна да остваривање њихових права и јавних интереса не буде на штету права и јавних интереса других лица, ниш и у сујавности са законом ујављеним јавним интересом... Ако се на основу закона странкама и другим учесницима у постојаности налажу обавезе, према њима ће се примјењивати мјере предвиђене пројисима које су за њих повољније, ако се таквим мјерама појави циљ закона.³²

Дакле, у ставу 3 члана 5 ЗУП-а јасно је дефинисан принцип сразмејрности. Ову чињеницу потврђују и други аутори, који његову природу дефинишу на начин да управни орган у поступку одлучивања мора водити рачуна да „за оно што се може постићи блажим средствима не може се за странку у поступку употребљавати теже односно рестриктивније средство”³³.

Тврдњу о значајном нивоу непознавања овог правног принципа, те његовог постојања као и примјене у црногорском управноправном систему, потврђује и Нацрт ЗУП-а који се налази у постуоку јавне расправе, а који предвиђа експлицитно постојање овог правног начела под засебин рубрумом — „начело сразмејрности”:

Свака ујавна активност јавнојравној ордана којом може бити орданичено јавно странке мора бити у складу са начелом сразмејрности. Ујавна активност је у складу са начелом сразмејрности ако: 1) је такво постојаносте нужно да се појави сврха закона и сразмејрно циљу који треба појавити,

³² Члан 5 став 3 Закона о ојавном ујавном постојаности, „Службени лист РЦГ”, бр. 60/03, „Службени лист Црне Горе”, бр. 32/11.

³³ Сретен Ивановић: Коментар закона о општем управном поступку — са судском праксом, Специјал Подгорица, 2005, стр. 13.

2) се њоме не крше основна људска права... Када се странци и другим учесницима у поступку налажу обавезе, јавнојравни орган је дужан да према њима примјени мјере предвиђене прописима које су за њих повољније, ако се таквим мјерама постиже циљ закона.³⁴

Дакле, Нацрт ЗУП-а детаљно појашњава предметноправно начело, мада се његово дефинисање може окарактерисати помало незграпним. Наиме, поред двије основне премисе које управна активност треба да садржи како би се сматрала у складу са принципом сразмјерности — нужност постизања сврхе (циља) закона и сразмјерности са циљем, иста мора бити таква да „се њоме не крше основна људска права”. Овај посљедњи захтјев — да се управном радњом не крше људска права, сматрамо потпуно сувишним. Са једне стране, људска права уживају заштиту, како на основу Устава, тако и на основу међународних докумената (нпр. *Евројска конвенција*) те је било која мјера која представља њихово кршење забрањена, осим у посебним случајевима³⁵ предвиђеним Уставом. Са друге стране, мјера која је предвиђена законом и која испуњава услове — нужност постизања сврхе (циља) закона и сразмјерности са циљем, тешко да може произвести кршење људских права. Ова тврдња је појачана чињеницом да је у управном поступку на супротној страни од појединца увијек држава те питање људских права тешко да може бити тангирано, осим у ријетким случајевима када се управном радњом задире и у неки правни интерес треће стране.

Међутим, најинтересантније становиште аутора Нацрта ЗУП-а налази се у образложењу неопходности његовог доношења. Наиме, у дијелу у којем писци овог документа појашњавају предметни правни концепт, они износе тврдњу да је ријеч о „новоуведеном” правном начелу:

У евројска начела добре управе сада и новоуведено начело сразмјерности (члан 5). Прописивањем овој начела се налашава заштити јавној интереса и јачање положаја стран-

³⁴ Члан 5 Нацрта Закона о општем управном поступку, хттпс://гоо. гл/ТКРУУ 0

³⁵ Члан 24 и 25 Устава Црне Горе, „Службени листи Црне Горе”, бр. 1/2007, 38/2013.

ке у уйравном йосйууку у односу на јавнойравни орјан, шйю је сушйина њених зајемчених йрава и — законийосйи йосйу-йања. На овај начин се йојачава бржљивосйи и одйоворносйи орјана у йримјени ЗУП-а и йоседној матйеријалној йройиса.³⁶

Прецизније, аутори Нацрта ЗУП-а, потпуно исправно истичу да предметно начело спада у ред европских начела добре управе, те да ће оно ојачати положај странке у управном поступку у односу на јавноправни орган. Међутум, помало чудно звучи констатација да оно „наглашава заштиту јавног интереса” пошто начело сразмјерности управо служи у циљу ограничавања неконтролисаних овлашћења државних органа (јавни интерес) у односу на појединца (приватни интерес) као супротне странке у поступку. Можда би објашњење могло бити да се поспјешивање ефикасније заштите људских права и слобода којем доприноси примјена принципа сразмјерности тумачи као димензија заштите јавног интереса. На крају, оно што из наведеног јасно проситиче је да аутори Нацрта ЗУП-а уште нису упознати са постојањем принципа пропорционалности у оквиру важећег ЗУП-а, те стога ни не чуди потпуно одсуство примјене истог у црногорском управноправном систему.

4.2. Студија случаја: йресуда Уйравној суда Црне Горе, У. број 2515/10 од 01. 02. 2011. йодине

Ова студија случаја представља компаративну анализу праксе Управног суда Црне Горе (у даљем тексту: Управни суд) и праксе СПЕУ у вези са избјегавањем фискалних обавеза према националном буџету, а у контексту примјене принципа сразмејрности на основу националних управних прописа. На овај начин ће бити указано да пракса СПЕУ може бити добра смјерница црногорским судским органима у вези са могућношћу примјене принципа сразмејрности, а све у циљу повећања обима права појединаца. Дobar примјер прешироких овлашћења државних органа, те несразмјерног ограничења права појединца представља случај из праксе Управног суда из 2011. године.

Наиме, тадашња важећа верзија *Царинској закона Црне Горе* предвиђала је низ ситуација када царински обвезник има право на

³⁶ *Ibid.*, Образложење, II Објашњење појединих правних института, стр. 55.

ослобођење од плаћања царине приликом увоза у Црну Гору, а између осталог, постојало је и посебно ослобођење од плаћања царине за „робу која се уноси као улог страног улагача у складу са посебним законом”.³⁷ Прецизније, ријеч је о рефундацији плаћене царине која је морала бити измирена приликом увоза робе. Један од услова за остваривање ослобођења је да привредно друштво (царински обвезник) поднесе и овјерену спецификацију (списак) робе која представља страни улог коју овјерава тадашње Министарство за економске односе са иностранством (у даљем тексту: Министратство) на захтјев корисника ослобођења.³⁸ Смисао ове радње (овјера спецификације/списка робе која подлијеже ослобођењу плаћања царине) је утврђивање врсте и вриједности увезене робе. У том циљу привредно друштво је имало обавезу да ангажује вејштака са листе суда који би извршио анализу и дао стручно мишљење у вези са тим која роба са спецификације може бити погодна за ослобођење (нпр. сва роба широке потрошње је била искључена од примјене ових одредаба).

Након што је ангажовао судског вјештака који је извршио процјену и дао своје званично мишљење, порески обвезник је поднио захтјев за овјером спецификације робе Министарству, као предислов за ослобођење од плаћања царине. Међутим, Министарство доноси рјешење³⁹ којим се одбија овјера спецификације, тврдњом да један дио робе није подложен ослобођењу, већ да је ријеч о роби широке потрошње. Пошто је на овај начин царински обвезник изгубио могућност ослобођења, он подноси тужбу Управном суду. У поступку пред Управним судом представник Министарства износи став да је овјера спорне спецификације одбијена пошто је обвезник хтио да оствари ослобођење од плаћања царине у односу на добра (роба широке потрошње) која не подлијежу овој могућности, те на тај начин покушао да избјегне плаћање пореза према црногорском буџету. Управни суд усваја разлоге наведене од стране Министарства те одбацује тужбени захтјев царинског обвезника, не допушта-

³⁷ Тачка 16 став 1 члана 184, *Царинског закона*, „Службени лист РЦГ”, бр. 07/02, 38/02, 72/02, 21/03, 31/03 и 29/05.

³⁸ Ставови 1 и 2 члана 43 *Уредбе о посљедици остваривања права на ослобођење од плаћања царине*, Службени лист РЦГ, бр. 22/03.

³⁹ Рјешење Министарства економије Црне Горе бр: 1001/2031/3 од 16. 09. 2010. године.

јући да он буде ослобођен плаћања царине у односу на добра која су подобна за ослобођење, односно која на основу Закона о страним инвезицијама⁴⁰ представљају улог страног лица:

Не моју се прихватио наводи тужилаца да тужени није требало да одбије овјеру спецификације у цијелости, будући да поменути уредба не предвиђа могућности овјеравања само дијела спецификације, није је ипакво постојање заснивано у пракси туженој.⁴¹

Након анализе предметних ставова Управног суда интересантно је извршћу њихову компарацију са ставовима СПЕУ у вези са питањем примјене принципа сразмејрности када је ријеч о националним прописима који за циљ имају спречавање избјегавања плаћања пореза (антиевазионе мјере). Устаљена пракса СПЕУ у предметном контексту говори да је ова супранационална институција искристалисла јасне принципе када се нека национална антиевазиона мјера треба сматрати супротном начелу сразмејрности. Наиме, основни захтјев јесте да национална мјера није заснована на генералној (апсолутној) презумпцији (претпоставци) злоупотребе права (пореске евазије):

... приликом одлучивања да ли планирана операција има такав циљ, надлежне националне власти се не могу ограничити на примјену предвиђених општих критеријума, већ морају одврћнути сваки појединачни случај генералном преиспитивању... генерално правило које аутоматски искључује поједине категорије операција од пореске појодности... независно да ли постоји пореска евазија или нелегитимно избјегавање плаћања пореза, иде даље од онога што је пошредно да сријечи пореску евазију или нелегитимно избјегавање плаћања пореза...⁴²

⁴⁰ Закона о страним улагањима, „Службени лист РЦГ” број 52/00 и 36/07.

⁴¹ Управни суд Црне Горе (01. 02. 2011) У. број 2515/10.

⁴² СПЕУ 28/95 A. Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, paras. 41. и 44.

Додатно, СПЕУ сматра да пореска евазија не постоји када порески обвезник докаже на основу објективних критеријума које могу потврдити трећа лица да није ријеч о злоупотреби правних прописа:

... оваква пореска мјера не смије се примјењивати када је доказано, на основу објективних фактора које је могуће проверити од стране трећих лица, да... она сироводи истинске економске активности...⁴³

Поред наведеног, да би одређена одредба била сматрана у складу са принципом сразмјерности, она мора бити јасна и са предвидивим дејствима, те на тај начин испуњавати захтјев правне сигурности:

... одредба формулисана на овај начин не чини могућим... одређење свој поља примјене са довољном прецизношћу... оваква одредба, дакле, не испуњава захтјеве принципа правне сигурности, у складу са којим правне норме морају бити јасне, прецизне и предвидиве у поједу својих дејстава, а посебно кад оне могу имати неповољне посљедице за физичка лица и предузећа... одредба која не испуњава ове услове принципа правне сигурности не може се сматрати сразмјерном са циљем који жели постићи.⁴⁴

Дакле, из наведеног се могу јасно наслутити контуре антиевазионе норме (мјере) која испуњава услов усклађености са принципом сразмјерности: 1) искључена је општа (апсолутна) презумпција злоупотребе права, већ надлежни суд мора ући у чињенично стање конкретног предмета те исто цијенити по принципу од случаја до случаја; 2) постојање злоупотребе права мора бити доказивано на бази објективних критеријума које је могуће проверити од стране трећих лица; 3) одредбе морају бити јасне, прецизне и са предвидивим дејствима како би испуњавале захтјеве принципа правне сигурности, поготово кад оне могу имати неповољне посљедице за физичка лица и привредна друштва.

⁴³ СПЕУ 196/04 Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue, paras. 75. и 70.

⁴⁴ СПЕУ 318/10 Société d'investissement pour l'agriculture SA (SAIT) v. État Belge, пасуси 57–59.

Примјеном предметних принципа развијених у пракси СПЕУ, у вези са националним мјерама (прописи и пракса) који имају за циљ спречавање избјегавања плаћања пореза (злоупотреба права) на анализирани случај из праксе Управног суда, долази се до закључка да је одлука надлежног Министарства, а касније и одлука самог Управног суда, у супротности са начелом сразмјерности. Наиме, у спорном предмету постоји конфликт између два супротстављена интереса. Иако са једне стране постоји неспорна обавеза државног органа да наплати све фисклане обавезе у складу са законом, те на тај начин спријече, евентуалну пореску евазију, са друге стране, постоји и право појединца да не плати више од онога што би морао, што подразумијева и могућност коришћења пореских ослобођења предвиђених пореским прописима. У овом сукобу лежи и срж проблема, а њега је у државама либералне демократије немогуће ријешити на прави начин уколико није примјењен принцип сразмјерности који има за циљ да балансира између јавног и појединачног интереса.

Дакле, спорно становиште црногорских државних органа засновано је на генералној презумпцији пореске евазије, што треба сматрати исувише рестриктивним приступом те стога и несразмјерним са циљем који се жели постићи законом. Поређењем ових ставова са праксом СПЕУ очигледно је да су исти супротни првом услову који мора бити испуњен приликом оцјене пропорционалности антиевазионе мјере — искључена је општа (апсолутна) презумпција злоупотребе права, надлежни суд мора ући у чињенично стање конкретног предмета, те исто цијенити по принципу од случаја до случаја.

Поред наведеног, као услов стицања права на ослобођење постоји обавеза да судски вјештак потврди да је роба за коју се намјерава тражити повлашћени статус адекватна за примјену истог. Другим ријечима, улога судског вјештака је управо у спречавању ситуација да се на спецификацији (списку) робе нађе нека врста робе која по својој природи (роба широке потрошње) није подобна за ослобођење. Његова стручност и независност гарантују да је списак поднијет Министарству на овјеру у складу са позитивним прописима. Управо предметни налаз вјештака представља други критеријум у оцјени усклађености одређене мјере са принципм пропорционалности из праксе СПЕУ — постојање злоупотребе права мора бити доказивано на бази објективних критеријума, које је могуће провјерити од стране трећих лица. На овај начин се избјегава не само намјерни по-

кушај избјегавања плаћања пореза, већ и онај без умишљаја. Наиме, просјечан царински обвезник не посједује неопходан ниво стручности да би могао увијек да процијени да ли једна одређена врста робе може бити окарактерисана нпр. као роба широке потрошње.

Надаље, одредбе којима се регулише право царинског обвезника на остваривање права на ослобођење од плаћања царине не испуњавају захтјеве принципа правне сигурности. Наиме, ово начело претпоставља да — одредбе морају да буду јасне, прецизне и са предвидивим дејствима, поготово кад оне могу имати неповољне посљедице за физичка лица и привредна друштва. Анализом прописа који су примијењени у конкретном предмету није могуће наћи дефиницију шта представља робу која се може сматрати улогом страног лица, односно инвестицијом, у смислу већ поменутог *Закон о сџраним улајањима*. Наиме, предметни закон само прописује да страни улагачи могу ради обављања дјелатности у Црној Гори улагати у привредно друштво и друге облике организовања за обављање дјелатности или услуга, оснивати привредна друштва и вршити друга улагања, у складу са овим и другим законима.⁴⁵

Из свега наведеног намеће се закључак да потпуно губљење права на ослобођење представља мјеру апсолутно несразмјерну са циљем који државни орган жели постићи — избјегавање ситуације да царински обвезник стекне ослобођење у односу на робу за коју је морао да плати порез. Овај легитиман интерес државног органа стоји у супротности са једнако легитимним интересом појединца — да не плати већи износ фискалне обавезе од оног који мора, користећи све предвиђене олакшице. Дакле, у конкретном случају, у контексту начела сразмјерности, вриједност робе због које је појединцу ускраћено право на пореско ослобођење је чинила свега неких 5–6% укупне вриједности робе. Другим ријечима, преко 90% робе изражене у укупној вриједности је испуњавало услове за ослобођење. Потпуно одбацивање захјева појединца на остваривање ослобођења представља једну могућу мјеру на располагању надлежном државном органу. Међутим, са друге стране, поготово када се узме у обзир да је у складу са прописима царински обвезник прибавио мишљење судског вјештака (који би требало да буде гарант исправности захтјева), сматрамо да је Министарство морало при-

⁴⁵ Члан 1 Закона о сџраним улајањима, „Службени лист РЦГ”, број 52/00 и 36/07.

је потпуног одбацивања захтјева указати на евентуално постојање неке врсте робе која није подложна ослобођењу. На овај начин би појединац добио шансу да измијени захтјев и оствари своја права на ослобођење плаћања царине у днесу на преко 90% укупне вриједности робе. Стога, спорно поступање државних органа (Министарство и Управни суд) треба бити окаратерисано у супротности са принципом сразмјерности предвиђеним чланом 5 став 3 ЗУП-а.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Анализа налаза овог рада указује на двије чињенице. Прва је недовољно познавање принципа сразмјерности на нивоу цијелог правног система Црне Горе. Наиме, Уставни суд представља једину судску инстанцу која константно примјењује предметни принцип. У овом смислу, сматрамо неопходним да Уставни суд настави са овом добром праксом, те на тај начин изврши утицај на остале судске инстанце како би у својој пракси пронашле мјеста за примјену принципа сразмјерности. Ово сматрамо неопходним, јер као што је већ речено, национални судови немају само могућност, већ такође и обавезу да поштују и примјењују *Европску конвенцију*, а у случају да не примјењују анализу пропорционалности у предметима у којим одлучују о квалификованим правима или недискриминацији, исто се сматра кршењем права из предметног међународног документа — права на дјелотворан судски лијек.

Друга је потпуно одсуство примјене принципа сразмјерности у управном праву Црне Горе. Ова ситуација је зачуђујућа јер важећи ЗУП представља практично једини законски текст који садржи у *ad legem* облику предметно начело. Додатно, управно право представља област правног система у којем принцип сразмјерности има своје коријене (Њемачка, Француска). Наиме, основни смисао овог начела је у балансирању између интереса појединца и интереса државног органа (јавног интереса), на начин да што је то више могуће пружи заштиту интереса појединца у неравноправној борби са неконтролисаним овлашћењима државних органа. Стога, доношење новог закона на основу Нацрта ЗУП-а представља најбољу прилику за ваљану афирмацију овог правног принципа у управном праву Црне Горе и поред наведених недоумица које проистичу, како из текста овог документа, тако и из ставова његових аутора изнијетих у образложењу.

Ilija VUKČEVIĆ

THE POSSIBILITY OF APPLICATION OF THE PROPORTIONALITY
PRINCIPLE IN THE MONTENEGRIN ADMINISTRATIVE LAW

Summary

Proportionality principle represents a legal concept which is applied for many years in administrative law and constitutional law of a large number of European countries (ex. Germany and France), and also in the case practice of the European Court for Human Rights and case practice of the Court of Justice of the European Union. Regarding the Montenegrin legal system the application of this legal principle could be found only in the case practice of the Constitutional Court which has transposed its application from the case practice of the European Court for Human Rights. Besides the importance on the general level, there are good reasons at this moment of time which consider necessary the analysis of the possibility of application of the proportionality principle in the Montenegrin administrative law. First, the Law on the general administrative procedure represents practically the only legislative act that contains the subject principle in the ad legem form, while in practice there is a total absence of its application by state authorities. Additionally, the necessity of better understanding of the proportionality principle is increased by the fact that public debate regarding the new draft of the Law on the general administrative procedure is in progress, which additionally emphasize and define this legal concept.