



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

**International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2019**

***Abuse of the Law and "Abnormal" Law
Versus Rule of Law***

10



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

5-th International Scientific Conference

OHRID SCHOOL OF LAW

2019

*Abuse of the Law and “Abnormal” Law
Versus Rule of Law*

*Dedicated in Honor of
Acad. Prof. Slobodan Perović
Founder of the
Kopaonik School of Natural Law*

9-12 May 2019 Ohrid

10

Издавач:

Институт за правно-економски истражувања и едукација

Ј У Р У Д И К А П Р И М А

Димо Хаџи Димов 8/1-1 Скопје, Република Македонија

iuridicaprima.mk

iuridicaprima@gmail.com

Publisher:

Institute for Legal-Economic Research and Education

I U R I D I C A P R I M A

Dimo Hadzi Dimov 8/1-1 Skopje, Republic of Macedonia

iuridicaprima.mk

iuridicaprima@gmail.com

За издавачот:

Проф. д-р Ангел Ристов

For the Publisher:

Angel Ristov, Phd

Печати:

Стоби Трејд

Print:

Stobi Trejd

Зборникот на трудови – Охридска школа на правото
е достапен на EBSCO базата Legal Source, како и на www.iuridicaprima.mk

Collection of Papers – Ohrid School of Law is available on
<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>
<http://www.iuridicaprima.mk/downloads>



IURIDICA PRIMA

Институт за правно економски истражувања и едукација

5-та Меѓународна научна конференција

**ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО
2019**

***Злоупотреба на правото и „ненормалното“ право
наспроти владеење на правото***

*Посветена во чест на животот и делото на
Акад. проф. д-р Слободан Перовиќ –
основположник на
Копачичката школа на природното право*

9-12 Мај 2019 Охрид

10

CIP - Каталогизација во публикација
Национална и универзитетска библиотека "Св. Климент Охридски",
Скопје 34(082)

МЕЃУНАРОДНА научна конференција Охридска школа на правото
(5 ; 2019 ; Охрид)
Охридска школа на правото. Злоупотреба на правото и
"ненормалното" право наспроти владеење на правото : посветена во чест на
животот и делото на акад. проф. д-р Слободан Перовиќ - основоположник
на Копачичката школа на природното право / 5-та Меѓународна научна
конференција, 9-12 Мај Охрид 2019 ; [главен и одговорен уредник Ангел
Ристов]. - Скопје : Институт за правно-економски истражувања Јуридика
Прима, 2019. - 2 св. (315 ; 313 стр.) : илустр. ; 25 см

Трудови на повеќе јазици. - На преднасл. стр.: Ohrid school of law 2019,
Abuse of the Law and "abnormal" Law versus rule of law dedicated in
honor of ac.prof. Slobodan Perovic - founder of the Kopaonik school of
natural law / 5-th International Scientific Conference 9-12 May Ohrid
2019. - Фусноти кон текстот. - Библиографија и summaries кон одделни
трудови

ISBN 978-608-66152-4-6 (кн. 9)
ISBN 978-608-66152-5-3 (кн. 10)

а) Право - Зборници
COBISS.MK-ID 111886090

Institute for Legal – Economic Research and Education
IURIDICA PRIMA

Editor –in-chief: Professor Angel Ristov, PhD
Secretary: Ilija Rumenov, PhD

International Editorial Board:

1. PhD, Ivan Ruschev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria;
2. Phd, Mihail Malchev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria;
3. PhD, Barbara Novak, Faculty of Law, University in Ljubljana, Republic of Slovenia;
4. PhD, Draginja Vuksanović, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro;
5. PhD, Ilija Vukčević, Faculty of Law, University, Donja Gorica, Podgorica, Republic of Monte Negro;
6. PhD, Nenad Tešić, Faculty of Law, University in Belgrade, Republic of Serbia;
7. PhD, Novak Krstić, Faculty of Law, University in Nis, Republic of Serbia;
8. PhD, Vesna Simovic Zvicer, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro;
9. PhD, Marko Bevanda, Faculty of Law, University in Mostar, Republic of Bosnia and Hercegovina;
10. PhD, Radenko Jotanović, Faculty of Law, University in Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Hercegovina;
11. PhD, Sanja Gongeta, Republic of Croatia, College of Applied Sciences Lavoslav Ružički in Vukovar, Republic of Croatia;
12. PhD, Lidija Šimunović, Faculty of Law, University in Osijek, Republic of Croatia;
13. Seregin Andrej Viktorovich, Assistant Professor, Candidate on Legal Sciences, South Federal University, Rostov on Don, Russian Federation;
14. PhD, Ivana Shumanovska Spasovska, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
15. PhD, Jovan Zafirovski, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia
16. PhD, Ilija Rumenov, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
17. LLM, Ilija Manasiev, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia.

Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

Главен и одговорен уредник: проф. д-р Ангел Ристов

Секретар: доц. д-р Илија Руменов

Меѓународен уредувачки одбор:

1. Д-р д-р Иван Русчев, Правен факултет Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија;
2. Д-р Михаил Малчев, Правен факултет, Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија;
3. Д-р Барбара Новак, Правен факултет, Универзитет во Љубљана, Република Словенија;
4. Д-р Илија Вукчевиќ, Правен факултет, Универзитет Доња Горица, Подгорица, Република Црна Гора;
5. Д-р Драгиња Вуксановиќ, Правен факултет, Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора;
6. Д-р Ненад Тешиќ, Правен факултет Универзитет во Белград, Република Србија;
7. Д-р Новак Крстиќ, Правен факултет Универзитет во Ниш, Република Србија;
8. Д-р Весна Симовиќ Звицер, Правен факултет, Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора;
9. Д-р Марко Беванда, Правен факултет Универзитет Мостар, Република Босна и Херцеговина;
10. Д-р Раденко Јогановиќ, Правен факултет Универзитет во Бања Лука, Република Македонија, Република Српска, Босна и Херцеговина;
11. Д-р Сања Гонцета, Колец на применети науки Лавослав Ружички, Република Хрватска;
12. Д-р Лидија Шимуновиќ, Правен факултет, Универзитет во Осиек, Република Хрватска;
13. Серегин Андреј Викторович, кандидат на правни наука Јужниот федерален универзитет во Ростов на Дон, Руска Федерација;
14. Д-р Ивана Шумановска Спасовска, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил Методиј“ Скопје, Република Македонија;
15. Д-р Јован Зафировски, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија;
16. Д-р Илија Руменов, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија.
17. М-р Илија Манасиев, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија

СОДРЖИНА / CONTENTS

ПРЕДГОВОР EDITORIAL NOTE.....	13
НЕ Душанка Дивјак-Томиќ Амбасадор Републике Србије ПРИГОДНО ОБРАЌАЊЕ ПОВОДОМ СВЕЧЕНОГ ОТВАРАЊЕ МЕЃУНАРОДНЕ КОНФЕРЕНЦИЈЕ „ОХРИДСКА ШКОЛА ПРАВА-2019“.....	15
Проф. д-р Гале Галев РЕЧ НА ПРОФЕСОР Д-Р ГАЛЕ ГАЛЕВ ВО ЧЕСТ И СПОМЕН НА ПРОФ. Д-Р СЛОБОДАН ПЕРОВИЌ.....	17
Проф. д-р Светомир Шкариќ ПРИЛОГ КОН ТЕОРИЈАТА ЗА ЗЛОУПОТРЕБАТА НА ПРАВОТО.....	35
ТРУДОВИ / ARTICLES	
Проф. д-р Ангел Ристов ЗЛОУПОТРЕБА НА ПРАВОТО И „НЕНОРМАЛНОТО“ ПРАВО ВО МАКЕДОНСКОТО ГРАЃАНСКО ЗАКОНОДАВСТВО.....	41
Димитрина Маринова Петрова СЃЩНОСТ НА ВЪРХОВЕНСТВОТО НА ЗАКОНА.....	61
Проф. д-р Тони Ѓоргиев М-р Љубомир Томановски ПОЛИТИЧКО КРЕИРАЊЕ НА ЗАКОНОДАВСТВОТО.....	71
Dr Darko Dimovski Milan Jovanović ROMI KAO ŽRTVE POVREDE ČLANA 2 EVROPSKE KONVENCIJE O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA.....	77
Проф. д-р Зоран Јовановски Д-р Елена Иванова Д-р Ѓорѓи Алчески ЛИШУВАЊЕТО ОД СЛОБОДА НИЗ ПРИЗМА НА НАЦИОНАЛНИТЕ ЗАКОНОДАВСТВА СО ОЦЕНА НА ЗАКОНИТОСТА (КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА).....	91

Bekim Nuhija, PhD THE PRINCIPLE OF INSTITUTIONAL BALANCE AND THE PHENOMENON OF PARLIAMENTARISATION IN THE EU.....	109
Ivica Josifovic, Phd THE FUTURE OF ARTICLE 50: IMPLICATIONS FROM THE WIGHTMAN CASE.....	123
Др Жељко В. Лазић Др Небојша Рангеловиќ КРИВИЧНА ДЕЛА СА ПОВЕЋАНИМ РИЗИКОМ ОДДИСКРИМИНАЦИЈЕ.....	139
Dr Vanda Božić KAZNENOPRAVNI ASPEKTI ZLOUPORABE POVJERENJA U GOSPODARSKOM POSLOVANJU.....	161
Ivana Marković, PhD AMENDMENTS TO THE SERBIAN CRIMINAL CODE FROM 2019 IN THE LIGHT OF DOGMATICS AND (CRIMINAL) POLICY.....	179
Dr. Katerina Shapkova Kocevskа JUDICIARY INDEPENDENCE, IMPARTIALITY, THE COURT BUDGET: UNDERSTANDING OUTCOMES FROM ECONOMIC CONSTRAINTS TO COURT PERFORMANCE.....	191
Dr. Marko Dimitrijević, LL.D. THE JUDICIAL PRACTICE IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL MONETARY-LEGAL DISPUTES: DILEMAS AND RECOMMENDATIONS.....	207
Д-р Јорданка Галева УСТАВНИТЕ ПРАВА НА НЕМНОЗИНСКИТЕ ЗАЕДНИЦИ ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА И НИВНАТА ПРИМЕНА ВО ПРАКСА.....	221
Boyan Georgiev, PhD BULGARIAN ADMINISTRATIVE JUSTICE – BETWEEN DEFENSE OF THE PUBLIC INTEREST AND DEFENSE OF THE STATE AUTHORITY.....	243

Доц. д-р Катерина Йочева ЗЛОУПОТРЕБАТА С ПРАВО В ПРАКТИКАТА НА СЪДА НА ЕО/ЕС.....	259
Д-р Лиљана Миланова МЕХАНИЗМИ ЗА ЗАШТИТА НА ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА И ЗЕМЈИТЕ ОД СОСЕДСТВОТО	273
Blerton Sinani, PhD THE NOTION OF ADMINISTRATIVE ACT AND ITS FUNDAMENTAL LEGAL ATTRIBUTES.....	279
Д-р Марко Кртолица ПОСТ-РЕПРЕСИВНИ ОПШТЕСТВА: ПРОСТОР ЗА ПРАВДА ИЛИ ПРОСТОР ЗА АМНЕСТИЈА?.....	297
М-р Владан Мирковиќ СТАЛНО ВАНРЕДНО СТАЊЕ КАО ПРЕТЊА ПРАВНОЈ ДРЖАВИ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА РАТ ПРОТИВ ТЕРОРИЗМА.....	317
М-р Александар Јовановски ПРАВНИ И ИНСТИТУЦИОНАЛНИ РАМКИ НА ЈАВНОТО ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО.....	337
Катарина Живановиќ ЗАБРАНА МУЧЕЊА ОСУМЊИЧЕНОГ У МЕЃУНАРОДНОПРАВНОЈ РЕГУЛАТИВИ И ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА.....	363
Миња Блажиќ Павићевиќ, LL.M ДОКАЗИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ.....	379
Невена Јовановиќ ВЛАДАВИНА ПРАВА И ВАНРЕДНО СТАЊЕ.....	395
Jovana Anđelković ULOGA LOKALNE SAMOUPRAVE U ZAŠTITI ŽIVOTNE SREDINE.....	409

М-р Јасмина Цветковска ПРИДОБИВКИТЕ И ПОСЛЕДИЦИТЕ ОД ТРАНСПАРЕНТНОСТА И ОБЕЛОДЕНУВАЊЕТО НА ИНФОРМАЦИИТЕ ЗА ДЕЛОВНОТО ПОВЕДЕНИЕ НА КОРПОРАЦИИТЕ.....	423
М-р Марјан Коцевски, ИЗМЕНИ И ДОПОЛНУВАЊА НА ЗАКОНОТ ЗА НОТАРИЈАТОТ: ПОСТИГНАТИ РЕЗУЛТАТИ.....	437
Проф. д-р Никола Тупанчески Проф. д-р Александра Деаноска - Трендафилова ПОЈАВНИ ОБЛИЦИ НА РОДОВО-ЗАСНОВАНИОТ КРИМИНАЛ СПОРЕД ИСТАНБУЛСКАТА КОНВЕНЦИЈА (ИСТАНБУЛСКАТА КОНВЕНЦИЈА И МАКЕДОНСКИОТ КРИВИЧЕНЗАКОНИК).....	453



In memoriam
Dedicated in Honor of Academic Prof. Slobodan Perovic
Founder of Kopaonik School of Natural Law

Во спомен на академик проф. д-р Слободан Перовиќ
основоположник на Копаничката школа на природното право

ПРЕДГОВОР

Почитувани,

Ни претставува голема чест и задоволство да Ви ја презентираме Збирката на трудови том 9 и том 10 од овогодишната Јубилејна Петта Меѓународна научна конференција ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО – 2019, насловена „Злоупотреба на правото и „ненормалното“ право наспроти владеење на правото“, која се оддржа од 9-12 јуни 2019 во Охрид. Конференцијата беше посветена во чест на животот и делото на великанот во правото, Академик проф. д-р Слободан Перовиќ, основоположник на Копаничката школа на природното право. Почитуваниот професор Перовиќ беше голем пријател на Македонија и на македонската правна наука. Благодарни на неговото дело, учење и беседите за природното право, повеќе од 120 учесници од шест држави (Македонија, Србија, Бугарија, Хрватска, Црна Гора, Русија) на оваа конференција му оддадоа достојна почит на големиот професор, славејќи го неговото име и дела оставени во наследство.

Пред Вас се трудови од повеќе области на правото поврзани со темата на Конференцијата, но и со други актуелни теми од правниот живот. Со надеж дека трудовите од овие Зборници ќе вродат со плод во надминување на бројните злоупотреби во правото, како и да дадат поттик на законодавецот за идни реформи во правото за подобро и попросветлено општество – Ве поздравувам со зборовите *Fiat iustitia et floreat mundus*.

Главен и одговорен уредник
Проф. д-р Ангел Ристов

EDITORIAL NOTE

Honorable,

It is a great honor and pleasure to present to you the Proceedings Volume 9 and Volume 10 of this year's Jubilee Fifth International Scientific Conference OHRID SCHOOL OF LAW - 2019, entitled "Abuse of law and "abnormal" law versus rule of law " held from 9-12 June 2019 in Ohrid. The Conference was dedicated to honor of the Great Lawyer, Academician prof. Dr. Slobodan Perovic, founder of the Kopaonik School of Natural Law. Distinguished Professor Perovic was a great friend of Macedonia and Macedonian legal science. Grateful for his work, teaching and sermons on natural law, more than 120 participants from six countries (Macedonia, Serbia, Bulgaria, Croatia, Montenegro, Russia) honored the great professor at this conference, celebrating his name and teaching left in "inheritance."

Before you are the papers from several areas of law related to the topic of the Conference, but also to other current topics of legal life. Hoping that the papers in these Proceedings will bear fruit in overcoming the numerous abuses in the law, as well as in encouraging the legislator for future reforms in the law for a better and more enlightened society - I greet you with the words *Fiat iustitia et floreat mundus*.

Editor in Chief
Prof. d-r Angel Ristov

*HE Душанка Дивјак-Томиќ
Амбасадор Републике Србије*

**ПРИГОДНО ОБРАЋАЊЕ
ПОВОДОМ СВЕЧЕНОГ ОТВАРАЊЕ МЕЂУНАРОДНЕ
КОНФЕРЕНЦИЈЕ „ОХРИДСКА ШКОЛА ПРАВА-2019“**

Поштовани преседниче Института IURIDICA PRIMA, проф. др Ангел Ристов,

Уважени професори, асистенти, докторанти, судије, адвокати, нотари, извршитељи, стечајни управници, привредни правници и сви други учесници овог еминентног скупа.

Поштовани присутни, припала ми је заиста изузетна част да вас све најсрдачније поздравим испред Амбасаде Републике Србије у Републици Северној Македонији и у своје лично име да се захвалим, пре свега проф. др Ристову, на позиву да данас будем међу вама, уваженим правним стручњацима. Заиста је изузетна част бити на оваквом скупу, заједно са великанима, као што је на пр. уважени проф др Светомир Шкарић.

Тиме што сте ову Конференцију посветили великану правне науке из Републике Србије, недавно преминулом академику проф др Слободану Перовићу, учињена је посебна част не само његовој породици и плејади његових студената, доктораната и других следбеника, већ и нашој земљи у целини, коју је уважени Академик својом правном мудрошћу, знањем и визијом достојанствено и високо умно представљао и нашироко промовисао.

О веома богатом научном опусу покојног академика проф др Слободана Перовића биће речи на овој Конференцији од вас који сте компетентнији од мене. Стога ћу се ограничити само на нека лична запажања и искуства.

Поштовани присутни,

Дозволите да изразим и лично задовољство што сам једна од савременика академика проф. др Слободана Перовића, која је имала част да буде студент на Правном факултету у Београду, када је брлијантна правничка каријера академика Перовића била у пуном успону што га је заслужено уврстило у плејаду великана српске правне науке који су

едуковали генерације врских стручњака у овој области.

Академик проф. др Слободан Перовић, као професор и на далеко уважавани правни стручњак, посебно у области грађанског и облигационог права и правне филозофије, оставио нам је у аманет изузетно богатство у својим изузетним предавањима, стручним радовима и, нада све, у Копаоничкој школи природног права, чији је био оснивач. Током три деценије као председник Копаоничке школе, окупљао је хиљаде и хиљаде правних стручњака, практичара и ентузијаста, који су кроз размену мишљења и знања градили нове стандарде, доприносећи тиме развоју савремене правне науке у Србији и шире. Посебан значај Копаоничке школе је у томе што је широм отворила врата младим правницима, спремним да себе дограђују у стручном погледу, црпећи искуства и идеје из тог великог резервоара правничког знања и идеја.

Увек актуелне теме којима се Копаоничка школа бави, чине је веома живим организмом који се мора неговати и уважавати. Самим тим, већа је и обавеза да се очува њен континуитет, на линијама темељних смерница које јој је поставио уважени академик проф. др Слободан Перовић и заслужено јој подарио своје име, које ће надаље достојанствено носити. У том контексту, слободна сам да изразим подршку иницијативи да се успостави и награда за стручне радове младих правних ентузијаста која ће носити његово име, као и тенденцију на она постане традиционална, годишња.

На крају, као сународник академика проф др Слободана Перовића желим још једном да се захвалим на уважавању које гајите према њему као личности и огромном научном благу које нам је оставио. Тиме потврђујете да, иако физички није више међу нама, дух академика проф др Слободана Перовићаће и надаље бити присутан као трајан симбол прегалаштва, ерудиције и упорних стремљења према највишим стандардима у области права, чији циљеви нису временски орочени, већ су усмерени на континирани допринос свеопштем друштвеном и цивилизацијском развоју, како наших организованих заједница и држава, тако и, пре свега, достојанства сваког човека као индивидуе.

Уз најлепше жеље за пуни успех Конференције, имам потребу да завршим цитирањем једне од изјава академика проф. др Слободана Перовића, која, чини ми се има посебну вредност за ове наше просторе и остаје трајно актуелна, а то је да: „Пре него што изградимо владавину права, неопходно је да изградимо владавину културе мира и опстанка“.

Захваљујем на пажњи.
Охрид, 10.05.2019 год.

Проф. д-р Гале Галев

*Редовен професор на Правниот Факултет „Јустинијан Први“
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ - Скопје*

РЕЧ НА ПРОФЕСОР Д-Р ГАЛЕ ГАЛЕВ ВО ЧЕСТ И СПОМЕН НА ПРОФ. Д-Р СЛОБОДАН ПЕРОВИЌ

Ваша екселенцијо Душанка Дивјак Томиќ, амбасадор на Република Србија во Македонија

Почитувани колеги, ценени гости, дами и господо,

Стојејќи денеска овде пред вас нека најнапред ми биде дозволено да Ве поздравам и Ви посакам успешна работа на 5-та Меѓународна научна конференција организирана од Институтот Јуридика Прима, во рамките на Охридската школа на правото (9-12 мај 2019 година), а посветена на ингениозната личност и грандиозното дело, на, сега, веќе, опокоеениот, но духовно вечно жив и почитуван Проф. д-р Слободан Перовиќ.

Посебен поздрав и благодарност и на мојот помлад колега Проф. д-р Ангел Ристов, основач на „Институтот Јуридика Прима за право, економија и едукација“, кој се одважи годишнава Меѓународна научна конференција да му биде посветена на личноста и делото на почитуванот Проф. д-р. Слободан Перовиќ-основоположникот на светски познатата и под заштита на УНЕСКО „Копачичка Школа на природното право“, која годинава одбележува 32 години свое постоење.

Уште еднаш, поздрав и благодарност до професорот Ристов за укажаната чест, токму јас денеска да ви се обратам и зборувам за личноста и делото на уважениот и почитуван наш колега и мој драг пријател Професорот Перовиќ, име познато и признато не само на овие балкански простори, туку би рекол, европски и светски.

Поздрав и до синот на професорот Перовиќ Марко и на неговата сопруга, кои, денеска, како и вие се овде, во древниот Охрид, на меѓународната конференцијта посветена, токму на нивниот по род, но и наш, по вокација неповторлив професор Перовиќ.

Почитувани гости и уважени колеги,

На самиот почеток ви должам едно големо извинување за тоа што мојата реч посветена на личноста и делото на драгиот и уважен професор Перовиќ ќе ја изложам без, притоа, однапред да имам подготвен пишан текст за таа реч. Искрено сакам да ви се доверам и ви кажам дека повеќе

пати се обидував, она што имав намера денеска да ви го зборувам за професорот и неговото, колку правно толку и филозофско-правно, дело, предходно да го преточам во пишан текст. Но, после неколку безуспешни обиди тоа да го направам дефинитивно се откажав од пишаниот текст. Додека ова ви го зборувам можам да претпоставам дека ви недостасува одговорот за околностите кои ме попречувале мојата првична идеја да остане не реализирана. Сите овие околности изразени во синтетизирана форма за свој заеднички именител, всушност, ја имаат ингениозноста на личноста и грандиозноста на делото на професорот Перовиќ, кои земени заедно, професорот ги остави зад себе како показ и во трајно наследство, како на сегашните така и на генерациите и генерациите кои во недогледна низ по законите на природното право ќе доаѓаат и ќе си одаат од овоземниот свет. Пресретнувајќи се со таква една личност и дело за кои, (фигуративно), дури, и хималајските природни висови не ви се доволни да ги измерите, не можев ништо друго да направам, освен да оставам мојата реч, денеска, овде пред вас, да ја водат моето срце и душа. Со еден збор, нека тие „одлучат“ што е она што јас треба да ви го кажам овде за мојот исклучително драг пријател и колега. Знам дека со ова се изложувам на „опасноста“ да останам недоречен, несреден односно не систематичен во мислата. Но, колку и да сето ова може да се случи, сепак, јас им „верувам“ на моето срце и душа дека она што ќе ви го кажам за личноста и делото на Професорот, човечки и со разбирање, ќе допре до вашите срца и умност.

Почитувани,

Професорот Перовиќ во моето стручно и научно видно поле, првично посредно стана видлив во втората половина на седумдесетите и на осумдесетите години од минатот век. Тоа е период во кој се остваруваа моите магистарски и докторски студии и во нивни рамки, прво, моето магистрирање и потоа моето докторирање во научната област граѓанско право, (а во која за мене посебно место имаше облигационото право). Во тоа време Професорот, иако, лично не го познавав, сепак, тој за мене стануваше се попознат преку проследување на неговиот научен опус. Посебно тоа се однесува на времето посветено на моите докторски студии. Колку бев преукопиран со научните гледања на Професорот зборува и самиот факт што тој стана и „виновникот“ за изборот на насловот на мојата докторска дисертација: „Слободата на договарањето во југословенското облигационо право.“ Признавам во однос на овој наслов бев под силно влијание на неговите научни видувања за слободата, гледана како филозовски и парвен феномен. Но, не само

тоа. Тој, имено, е и „виновникот“ што во текстуалниот дел од мојата дисертација, иако во одредена прикриена форма, (разбирливо, поради воспоставениот систем на вредности во тоа време, кој во правото и не гледаше нешто друго освен волја на партиско владеачката номенклатура подигната на степен на закон), конечно расчистив со самоуправниот социјализам базиран на општествената сопственост како продукционен однос и несопственичка правна категорија, врз чија основа беа израснале волунтаристички креираните самоуправни спогодби и општествени договори. Тие познато е во однос на класичните договори имаа приоритет во примената. Последново, во таа смисла што ако класичните договори беа во спротивност со самоуправните спогодби и општествени договори должност беше тие да бидат сообразени со нив, во спротивно истите се сметаа за рушливи. Во случајов, рушливоста и незначеше друго туку јасно упатување на нивната недејствителност или поинаку неприменливост. Крајниот резултат од сето тоа не беше друго освен целосно подведување на прометот на стоки и стокови услуги под волјата и моќната палка на погоре споменатата партиско-политичка номенклатура. За ова и тогаш како и сега немам друг збор освен зорот „катастрофа.“

Како и да е, 1988 година беше годината која го отвори патот и за моето лично запознавање со Професорот Перовиќ. Имено, таа година се навршуваа десет години од донесувањето од Сојузното (југословенско) собрание на Законот за облигационите односи. По тој повод, Здружението на правниците на Република Србија, организираше посебна научна средба посветена на ЗОО, на која (не само фактички 1987), туку и реално, би рекол, беа поставени темелите на Школата за природно право, (која од 2000 година, па на ваму егзистира и како посебен правен ентитет). По покана на цитираното правно здружение за потребите на наведената научна средба и јас подготвив свој реферат (труд) насловен: „Ништавноста на договорите во примената на Законот за облигациони односи.“ Тука некаде се и почетоците на моето поблиско запознавање и дружење со уважениот и по умност и по човечност професор Перовиќ, кое траеше повеќе од три децении.

Со Професорот, покрај на годишните сесии организирани во рамките на наведената школа, ја имав и привилегијата и честа да се дружам и соработувам и по многу други поводи. Во моментот се присетувам на средбите во Белград, Сараево, Дубровник, Цавтат, Котор, Тирана, Скопје, Охрид и др., остварувани во рамките на познатиот во тоа време Форум за граѓанско право за југоисточна Европа, (во чиј состав беа вклучени познати и признати научници од областа на цивилното и трговското право од земјите на поранешна Југославаоја, плус Албанија минус Словенија.

Овој Форум, инаку, беше силно подржуван од Владата на Сојузна Република Германија, преку познатиот во тоа време за овие простори „Отворен регионален фонд за југоисточна Европа-Правна реформа (ГИЗ). Тука би ги спомнал и средбите и соработката со Професорот поврзани со проектите за кодификација на српското и македонското граѓанско право (Белград, Скопје, Копоник, Будва). Професорот со многу други познати и признати имиња од регионот и Европа, дури, беше и член на Владианата комисија за подготовка на Граѓанскиот законик на Република Македонија. Со Професорот незаборавни денови имам поминато и при неговите престои во Скопје (заедно со почитуваниот и ќе си дозволам да кажам драг мој пријател, Проф. д-р. Миодраг Орлиќ), во рамките на Последипломските студии по Граѓанско право на Правниот факултет „Јустинијан Први“, при Универзитетот „Свети Кирил и Методиј“ во Скопје (Македонија) и тн. т.н.

Секоја од овие средби, дружења и соработка со Професорот за мене преставуваше посебно драго камче, кое на свој начин, би рекол, многу јасно се вградуваше во мојата свест и го исцртуваше неговиот портрет на: високоумност, дружељубие, човечност, исклучително висок праг на толеранција и космополитизам. Ова, од своја страна, многу ми помогна и полесно да сватам зошто во мисловната филозофија и практичното битисување на Професорт немаше место за омразата и национализмот, (кои, познато е, долги години на овие балкански простори сееа ужас, страдања и смрт на илјадници знаени и незнаени невини човечки битија. Но, не само тоа, туку, и да го сватам кај него исклучително високиот праг на почит и толеранција кон другиот, без оглед, притоа, на неговата верска, политичка, расна, полова или било кој друг вид на негова припадност или определба. Омаловажувањето на другиот засновано на било кој вид припадност или определба безпоговорно посведочувам дека тој, не само што со индигнација го осудуваше, туку, би рекол, дека од него и се гадеше. За него, всушност, повредата на чие било поединечно право не ја сваќаше за одделна и сама за себе повреда на правото на определено лице (на определениот човек), туку, како, повреда на правото на целото човештво чиј неодвоив дел е и тоа лице односно тој човек чие поединечно право е повредено. Колку ваквото негово гледање на човекот и неговите права навистина преставуваа суштинска негова определба, а не само гола форма, најдобро зборуваат бројните негови беседи одржани при секое отварање на декемвриските денови на Копоничката школа за природното право. Во таа смисла во една од нив ќе го рече и ова: „Ниеден човек не е Остров, и ниеден човек не е сам посебе целина. Смртта на било кој човек ме смалува и мене, бидејќи сум опфатен во целината на

човештвото. И затоа (како кај Хемингвеј) никогаш не прашувај „за кого својото свони. Оно свони за тебе.“

Професорот до тој степен беше обземен за грижата за другиот што често и заборавеше на себе. Така тој понекогаш во честите раговори што ги водевме знаеше да рече: „Знаеш професор Галев ми се чини дека ние често забораваме кон малиот, обичниот човек да се однесуваме со должна почит.“ Па ќе додадеше „Истото, се однесува и во однос на нашите големи умови, а да знаеш сме имале повеќе такви.“ Така, во редот на нив, ни во една пригода, непропушташе да го спомене: Валтазар Богишиќ (творецот на Црногорскиот имотен законик од 1888 година). Тој, дури, во една пригода ме носеше во градот Цафтат (Хрватска), каде на уважениот професор е поставен споменик. Стоејќи, така, пред споменикот, тој во еден момент, видно возбуден и исполнет со големината на овој човек, само, (како да не сакаше да го вознемири) тивко прозбореше: „Професор Галев колку само малку треба за почит.“ Потоа, без да прозбориме било што се приближивме до постаментот на кој е поставен споменикот на почитуваниот професор и, молкум се поклонивме пред него. Среќен сум што тој миг трајно е овековечен и на заедничка фотографија што по тој повод ја направивме со професорот Перовиќ.

Покрај за Богишиќ, во тој ред посебно место имаше и за неговиот драг професор и учител Михајло Константиновиќ (француски учениот доктор на правни науки), кај кој, за моја срќа, и јас во седумдесетите години од минатиот век ја имав привилегијата да слушам негови предавања на Последипломските студии по Граѓанско право на Правниот факултет во Скопје (Македонија).

Првиот од овие двајца уважени и почитувани професори, професорот Перовиќ со право го споредуваше со францускиот учен од 18 век Емил Диркем. Ова во таа смисла што „и двајцата (ќе речеше) се ревносни противници словото на законот да биде поистоветувано со самиот дух на законот.“ Во контекст на изнесеново овде, кога тој зборуваше нешто за Богишевиќ никогаш не пропушташе да го цитира токму тој дел од Имотниот законик во кој Богишиќ запишал: „Кој само словата (зборовите а.з.) на законот ги знае, тој уште законот не го знае, додека не му го свати разумот и смислата.“ Кога сум кај Богишиќ заслужува да се спомне и споредбата што професорот Перовиќ ја правеше помеѓу него и големиот антички мислител Аристотел. Во насока на ова тој знаеше да рече: „Не само Аристотел во разрешувањето на определени правни ситуации се повикувал и упатувал на примена на правдата и справедливста, туку на истото повикувал и упатувал и самиот Богишиќ со неговата „правда и правда“, (предвидени во неговиот Имотен законик за Кнежевството

Црна Гора “).

За вториот, пак, од овие (Професорот Константиновиќ), кога зборуваше, никогаш не пропушташе да каже дека „тој беше голем мајстор на пишаниот правнички збор, (за што велеше “најдобро зборува неговиот антологиски проект насловен како: „Облигациите и договорите-Скица на законик за облигациите и договорите (1969).“ Во потврда на ова ќе речеше: „Професорот Константиновиќ во неа ниту во еден член не упатува во примената на некој дрг од нејзините членови, ниту пак, беше предвидел во неа некој одделен став од било кој член во себе да содржи две реченици кои меѓусебно се одвоени со точка.“ Но, зборувајќи за оваа Скица тој знаеше да каже дека „таа има, уште, една голема вредност.“ Во случајов, според него, стануваше збор за тоа што тој, за разлика од подоцна донесениот ЗОО, во неа не предвидел (регулирал) било каква начелна одредба или одредба од нејзиниот нормативен дел, со која би се барало субјектите во правниот промет нивните договорни односи задолжително да ги сообразуваат со одредбите од самоуправните спогодби и општествените договори, во спротивно тие би биле прогласени за рушливи. Во контекст на ова знаеше да каже „е тоа е класичен цивилист кој добро знаел што преставуваат договорите.“ Па продолжувајќи ќе додадеше „да да во неговата Скица немаше место за посочените инструменти (изум на самоуправното сацјјалистичко општество), но место тоа во неа имаше високо ниво на имплементираност од познатата Аристеловата „комутативна и дистрибутивна правда.“

По ваков еден начин на изразување на почит кон овие двајца великани на цивилистичката правна мисла, но и не само кон нив, професорот ми останал во меморијата и со саму нему својствената насмевка. Со неа како да сакаше да каже „каде ли би биле ние денеска ако го слушавме гласот произлезен од нивниот разум.“

Кога ги слушав овие нешта од Професорот често си го поставував прашањето како е можно овој горостас од умност човек со таква страс, лубов и почит да зборува за овде споменатите, но и други, учени од негова Србија и пошироко, а ни во еден момент да не рече ништо за себе и неговата големина во домените на правната и филозофско-правната мисла. При ова, неможев некртички да прифатам дека тој немаше свест и суд за себе и за големината на своето дело. Одговорот што си го давав, категорично го сведував на тоа дека тој таа свест и суд за себе и своето дело ги имаше, но за разлика од личното его сретнувано кај други, кај него тие се изразуваа низ неговата жар и посветеност за тоа што го работи, пишува и зборува и низ неговата едноставност, човечност и лубов што ја имаше и безгранично ја даваше на собеседниците, како

и на било каков и да е друг човек. Ми се чини дека тој токму со сето ова и ги пленеше срцата и душите на илјадници и илјадници поклоници, кои секој декември доаѓаа и пак, доаѓаа ... на Копаоник и во рамките на Копаоничката школа на природното право, со исклучително внимание и почит кон професорот, ги следеа неговите незаборавни беседи, посветени на природното право и на добрата правна мисла. Тој, би рекол, флуид кој Професорот успеваше со својата беседничка реч да го воспостави со повеќеилјадниот аудиториум беше своевиден божествен дар. Дар од Професорот, без било какви условувања, за аудиториумот и, исто така, дар од аудиториумот за професорот. Токму и заради ова овој обостран дар изразен во нематеријална форма преставува една од трајните вредности на Копаоничката школа на природното право. Чувствувам и среќа и задоволство што сум еден од многуте што сум ја имал привилегијата и честа повеќе години на ред да го примам духовниот дар од професорот, но, како дел од многуилјадниот аудиториум на оваа школа, и да му „дадам“ мал дар на Професорот.

Кога сум кон ова се присетувам и сакам со вас да споделам дека се чувствувам посебно почестен и среќен што професорот ми направи и еден посебен личен подарок што вечно ќе ме потсетува на нашите заеднички поминати денови на соработка, пријателство и взаемна почит. Имено, тој по покана на „мојот“ Правен факултет („Јустинијан Први“), во Скопје, а по повод мои наполнети 75 години од животот, подготви посебен научен труд за Зборникот што Факултетот го издава во моја чест.

Почитувани,

Дозволете ми сега да ви кажам нешто за професорот што е поврзано со почетоците на неговиот научен развој на полето на природното право. За да ова биде подобро разбрано за момент ќе ве вратам во пеесетите години на минатиот век. Тоа е време кога професорот ги прави првите чекори на своите правни студии на Правниот факултет во Белград. Професорот за ова во разговорите посветени на овие студии обично велеше: „Студии како студии- дојде и помина првата година од нив, по неа истото се случи и со втората.“ Се што за овие две години тој и неговите колеги студенти научиле за државата и правото, во основа се сведуваало, како што велеше тој на оштоприфатената марксистичка догма дека „живееме во преодно (социјалистичко) општество, во кое правото и државата се уште биле потребни (и во него), но со моментот на премин во бескласно општество, до кое нужно ќе дошло со развојот на производните сили, тие со тоа ќе ја изгубиле потребата од своето постоење и како такви ќе престанеле да егзистираат односно одумрат

и со тоа бидат положени во музеот на старините.“ Како и да е, тој сакајќи до крај да го долови она што им било предавано за државата и правото од своите професори знаеше да каже: „Државата во преодното општество (социјалистичкото), иако се уше класна категорија, како и таа од предходното капиталистичко општество, ни беше преставувана како релативно нов тип на држава, (сфатена во смисла како „држава на работниот народ односно како пролетерски тип на држава“, а не како предходната, (капиталистичката), сватена како инструмент во рацете на владеачката капиталистичка класа“. Притоа, битен белег на овој вид држава, како што им било објаснувано на студентите, бил тој што во неа дошло до „експропријација на експропријателите.“ Што се однесува пак, до правото, професорот знаеше да рече дека се што научиле во првите две години на своите правни студии било тоа дека „правото не преставувало ништо друго, туку дека тоа, било волја на владеачката класа подигнато на степен на закон“, при што во предходниот (капиталистичкиот) систем тоа било „волјата на капиталистичката експлоататорска класа, а во новиот (социјалистичкиот) систем тоа била волјата на работниот народ (трудбениците).“

Со вакви разбирања за државата и правото, како што велеше професорот, „стигнав во третата година од правните студии.“ И, токму таа е годината во која, според неговото кажување тој, се пресретнува и со едно поинакво видување, кога станува збор за правото. Тоа, всушност, се случило на предавањата по предметот облигационо право држени од споменатиот погоре професор Михајло Консантиновиќ. Имено, тој од него за прв пат слушнал дека поимното определување на правото е многу повеќе од тоа да се сведе, само, на волјата на владеачката класа подигната на степен на закон. Во таа смисла професорот често на предавањата во објаснувањето на одделни правни институти не останувал само на нивната сообразеност со пишаната норма туку дали и колку тие кореспондирале со правдата сватена како вредносна категорија односно како идејна основа на самото право. Она што, од тоа време, како што велеше Професорот „трајно се врежа во моето сеќавање беше правдата сватена во Аристотелова смисла, како комутативна (постапувај еднакво кон еднаквиот) и дистрибутивна (постапувај не еднакво кон нееднаквиот). Во секој случај, по завршување на правните студии неговите контакти со професор Консантиновиќ не биле прекинати, бидејќи тој бил избран за асистент, токму, на предметот облигационо право, кој, веќе, спомнав бил предаван токму, од професорот. Тоа, од своја страна на тогаш младиот асистент Перовиќ му овозможило, преку близките контакти и соработката што ги имал со неговиот професор, и

натаму да го задржи интересот за феноменот правда, сватена во смисла на идеја кон која е насочено самото право.

Но, за да израсне професорот Перовиќ, во времето кое следело, до ниво на бележит познавач и подржувач на правдата, сватена како вредносна категорија, како највисока доблест, односно идејна основа на самото позитивно право, како и на блиските по природа со неа други категории, кои заедно го сочинуваат супстратот на познатото во правно-теоретската и филозовско-правната мисла природно право, бил потребен пристап кој, би рекол, радикално ќе ги промени нештата поврзани со поимањето на феноменот право и со се она што блиску е поврзано со него. Професорот го избрал токму ваквиот пристап. Тој, како да ја знаел кинеската поговорка (цитирам): „Ако си наумил да тргнеш да го менуваш светот, прво што треба да сториш е трипати да поминеш низ себе“, (а тоа значи прво промени се себеси за да можеш да ги промениш и другите). Ноторен е фактот дека кај професорот нависина настанале промени кои му овозможеле да учествува и во промените на другите. Пример за тоа е токму Копачничката школа на природното право, чиј основоположник е токму тој и во рамките на која Професорот повеќе од 30 години ги држеше своите знаменети беседи пред повеќеилјаден аудиториум, кој, никогаш не се „измори“ да го слуша и да учи од него.

Почитувани,

Дозволете ми сега во продолжение да се допрам на прашањето кој мисловен пат бил потребен професорот до го изоди за да може своето знаење и учење за природното право во синтетизирана форма симболички да го изрази во неговиот Хексагон, кој познато е дека, токму, тој постана основа врз која и израсна погоре, веќе, спонтата школа на природното право.

Патот кој професорот го изодил за да стигне до неговиот Хексагон, за кој нешто по доцна повеќе ќе кажам во оваа реч, не бил обичен. Тоа бил пат по кој тешко се оди. Ретки се оние кои истраеле докрај да го изодат и на крајот остават свои траги врз него. За момент замислете го тој пат во себе како некој вид на духовно одење по скалила во длабокото античкото мисловно минато, таму некаде во времето на живеење на големите антички мислителите, какви што се: Сократ, Софокле, Платон, Аристотел, а пред или околу нив, уште, законодавецот Солун, Перикле, Анаксагора и многу други патувачки учени (софисти). Обратно од оттаму нагоре истиот овој пат Професорот полека го води во античкиот Рим и до неговите знаменити умови. Во редот на овие, бездруго, посебно место имале: Паулус, Гаиус, Улпијанус Цицерон, Сенека, Тацит и др.). Тој не

запира тука. Неговата научна акрибија потоа го носи во средновековието. Во оваа пригода од повеќето бележити имиња од тоа време, кои го свртиле научното внимание на Професорот ќе спомнам две. Првото од нив е Августин. Тој, познато е дека бил голем подржувач на Платоновитот концепт на држава (во чии рамки била сместена и категоријата правда или пошироко природното право). Второто име, пак, е Тома Аквински, бележит теолог и голем мислител, кој на некој начин е и врската помеѓу античките мислителите и оние од модерното време, кога станува збор за категориите правда и природно право. Наведенава врска сватена во таа смисла, што тој кон својот концепт на правда заснован на волјата божја, позната, уште, од античко време, го придодава и човечкиот разум, сватен како самосвес. Тој за разлика од Августин бил по близок до Аристотеловото разбирање на категоријата правда.

Професоровитот порив за знаење не застанал тука. Тој од средновековието, лека полека влегува во „вртлогот“ на научното знаење за правото на модерна и современа Европа, но и пошироко. Листата на научници од овој период кои со своите научни достигнувања ја задолжиле културна Европа и светот е релативно долга. Во секој случај, на работната маса на Професорот неможеле а да не се најдат делата на : Гете, Монтаскије, Русо, Лок, Хопс, Емил Диркем, Хуго Гроцијус (таткото на модерното природно право), Лео Страус, Томазијус, Пуфендрф, Спенсер, Хегел, Аренс, Рене Декар, Кант, Фихте, Густав Радбрух, Дџон Ролс и многу, многу други.

Ова долго умствено патување на Професорот му овозможило тој да има поблизок увид во гледиштата, би рекол, на најголемите правни и филозофско правни умови, посветни на правото како културна цивилизациска вредност, (во кое се изделуваат, но и се допираат и се испреплетуваат двата негови пола: Позитивно право и Природно право. Овој увид, од своја страна, јасно му беше покажал на професорот дека овие два вида на правото имат различни основи (извори) на настанување. Првото (позитивното право) преточено во правни норми за свој основ ја има човековата волја, воспоставена во вид на одредена општествена конвенција или во вид на одредена организирана сила (често пати водена од поривот за власт и страс или од одредени поединечни, групни, национални, класни или друг вид интерес (што, секако, е по лош, пројавен облик на волја). Во секој случај, очигледен пример за овој вид право беше и она за кое младиот студент Перовиќ слушаше на првите две години од своите студии и кое, со мали модификации егзистираше се до напуштањето на социјалистичкиот модел на држава. Додека пак, второто (природното право) за свој извор на настанување го има авторитетот на умот (разумот)

сфатен како смостојна рационална појава (која не итерпретира, туку која создава). Притоа, за да не се разбере погрешно дека ова гледиште за изворот на природното право е единствено, треба да се каже дека покрај него постојат и други гледишта. Впрочем, Професорот во своите беседи многу јасно покажува дека во разни времиња, а често и во исто време постоеле различни сфаќања или повеќе варијации за тоа што се јавува за извор на природното право. Времето не ми дозволува подробно да се запрам на тоа. Но, во врска со ова само ќе укажам на тоа што и професорот го укажуваше, а тоа е: дека колевка на природното право е античкото сфаќање, во чиј рамки се породени: теолошкото сфаќање (чиј извор на природното право е божијата волја); теолошко-биолошкото сфаќање (чиј извор е божјата волја плус биолошките својства (нагоните) на човекот; биолошкото сфаќање (чиј извор на природното право се биолошките својства, какво што е и социјалниот нагон на човекот, нагонот на самоодржување, нагонот на безпомошност); биолошко-рационалното (чиј извор на природното право се биолошките својства плус разумот на човекот). Оттука, јасен е заклучокот дека напред споменатото рационалното сфаќање (чиј извор на природното право е чистиот рационален ум на човекот, независен од било кој друг фактор) е само едно од нив. Но тоа, за разлика од другите е доминантно сфаќање, кон кое, рков погоре, безрезервно се приклонува и почитуваниот професор Перовиќ. Во случајот, всушност, станува збор за Кантовото гледиште за изворите на категоријата природно право. Имено, тој како и неговите предходници, (од Гроциус до Аренс, па и Рене Декарт, како негов непосреден предходник), не ја апстрахира биолошката природа на човекот односно неговиот природен нагон на социјалност односно потребата од другиот, (за кое нешто, уште, во антиката зборува и Аристотел). Натаму тој, како и тие, човекот го издвојува од останатиот животински свет по имањето на свој ум (ум кој знае да мисли или како што би рекол Декарт: „Постојам, а тоа значи мислам“). Но, тој за разлика од сите нив оди чекор напред во поглед на конкретизирање на изворите од кои човекот ги црпи своите сознанија. Тој за такви ги зема: чулната (нагонската) и нечулната област кај човекот. При тоа, во првава (нечулната) област за извор на човекото сознание го зема самото искуство (емпиријата) во однос на нешто што предходно, веќе, постои (пример некој предмет). Со други зборови кажано, тоа е сознание кое следи (постериорно сознание). За разлика од чулната во нечулната област, според Кант извор на сознанието преставува чистиот ум, сватен, во смисла на трансцендентно сознание. Последново разбрано како сознание кое не се бави со самите предмети, туку со а приорните појмови за тие предмети, за чие појмно определување не е потребно било

какво предходно искуство. При ова, битно е да се каже дека Кантовиот чист ум не е само тоа, туку тој истовремено е и практичен ум, сватен во смисла дека тој ум и регулира (ум на законодавец). Оттука, и природното право настанато на тој начин, уште, е наречено умно право. Заклучокот од ова би бил дека Кантовото гледиште за природно право како умно, всушност, преставува своевидна синтеза на постериорното сознание (искуственото) и на а приорното (трансцендентното, неискуствено) сознание.

Пред малку, веќе, реков дека овој концепт на природното право безрезервно е прифатен и од професорот Перовиќ. Но, должност ми е да кажам дека тој како предуслов за негово оживотворување ја земаше слободата. Така, често од него можеше да се слушне дали воопшто може да има место за „трансцендентни мисли“, за „чулност и разум во услови на неслобода.“ Одговорот негов секогаш беше краток. Не. При ова посебно се повикуваше на Фихте, (голем подржувач на гледиштето на Кант), но пред Фихте, уште и на знаменитиот германски мислител Хеѓел, а посебно на неговата сентенца: „Сверата на правото е свера на слободата.“

Почитувани,

По ова, дозволете ми сега да се вратам на Хексагонот на природното право, кој погоре ви го спомнав. Но, пред да пристапам да ви зборувам за неговото суштинско значење допуштете да ви покажам како тој изгледа аплициран на бел лист хартија. Погледнете тој е изразен во шест темелни меѓусебно поврзани агли, кои надворешно се затворени со кружна линија, при што полињата надвор од неговото поле, се осенчани во темно. Овој цртеж на шестоаголникот и кругот околу него, настана спонтано, (пред самиот овој мој настап пред вас). Пред тоа немав некоја замисла како тој би изгледал ако биде аплициран на лист хартија или на некој друга подлога. По неколку неуспешни обиди успеав тоа да го направам. Но, кога се загледав во него некако како да се најдов затечен кога видов дека вака аплицираниот Хексагон од мене, вушност, ја преставува Давидовата Свезда, која, познато е, национален симбол на Република Израел. Како и да е, откако завршив со цртежот на самиот Хексагон, без некоја посебна причина, нешто ме натера истиот да го сместам во овој затворен круг, а полињата во него (кругот), кои се надвор од полето на Хексагонот да ги засенчам (затемнам), како што и ги гледате на овој цртеж. Можеби првичната идеја да го сторам тоа ми била со исенчувањата на овие полиња по јасно да го направам видлив самиот Хексагон. Без да имам јасен одговор за кругот и засенчаните полиња во негови рамки мислата ме

врати на самиот Хексагон. Но, сега не гледајќи го него како симболичен шестоаголен приказ на шесте базични природни права на човекот, туку како национален симбол (во форма на шестоаголна Свезда) на еден од најстарите старозаветски народи Израелскиот, (кому како на избран народ бог му се покажал на начин што своите десет божии заповеди исклесани (врезани) на камена плоча му ги предал на Мосије, избавителот на Израелите од ропството под Египетскиот Фараон. Во истиот тој момент ако нешто си помислив тоа беше: „Можеби оваа шестоаголна Свезда (во задскриена форма) е и избраниот знак преку кој симболично ни се соопштува постоењето на природното право, (како што и самата природа понекогаш низ одредени знаци ги открива своите закони“). Сакајќи да поверувам во ова, уште си реков: „Можеби и професорот токму и од тоа бил воден при изборот на неговиот шестоаголен симбол (Хексагонот) на Копаоничка школа на природното право, (но, само што, несакал тоа и да го објави“). Ми се чини дека последново како да може на некој начина да се поврзе и со она што професорот понекогаш знаеше да ми го каже, дека како да некои невидливи природни сили се спуштале од висините на небесата на Панчичев врв на Копаоник кои му ги средувале мислите поврзани со содржината на неговите беседи и на тој начин му овозможувале нив усмено да ги изложува пред уважениот аудиториум на Копаоничката школа на природното право.

Почитувани,

по такви размисли за Хексагонот еве ме тука пред вас сега да ја изложам и самата негова суштина, но и да ги објаснам засенчените полиња од кругот, кои се надвор од полето на самиот Хексагон, за кои некако ми дојде одредена идеја. Па да почнам.

Почитувани,

Професорот Перовиќ, реков, веќе, погоре во мојата реч, беше човек кој имаше повеќемилениумско мисловно патување. Тој на овој долг мисловен пат дојде до ризницата на знаењето оставено во наследство на човештвото од најголемите умови познавачи на феномените од домените на правото и од домените на филозофијата на правото. Тоа нему му овозможи да акумулира огромно богатство од знаење од споменатите два домени, но би рекол и многу повеќе од тоа. Врз основа на тоа свое знаење со манири на големите умови и со невидена жар ја отпочна и постојано ја доградуваше својата градба која со право беше ја именувал: „Копаоничка школа за природното право.“ Тој за неа велеше дека искрено верува дека ќе надживее многу генрации и постојано ќе има некоја своја

„нова“ младост. Јас искрено верувам во тоа. Но, и нешто повеќе од тоа. Верувам дека тешко и може некој кој има сериозна намера да се бави со правото и во негови рамки посебно со природното право дека ќе може да го прави тоа без, притоа, да се користи со ризницата на знаењето сместено, симболично да се изразам, „во депото“ на Копаоничката школа за природното право.

Во оваа ризница со неизмерливо ниво на знаење на високо, би рекол и на највисоко место, се наоѓа и Хексагонот на природното право, кој професорот Перовиќ и го „подари“ на овде спомнатата Школа, а преку неа и на човештвото.

Почитувани,

Времето не ми дозволува да одам во поединости во претставување, овде, пред вас на Хексагонот. Но, сметам дека со она што во продолжение ќе го кажам за него ќе биде доволно за да се разбере во што се состои неговата суштина.

Професорот како голем познавач на феноменот природно право сметаше дека целокупното знаење за овој феномен, без оглед на сите негови одделни појавни форми во вид на поединачни права на човекот, може во една згусната синтетизирана форма да се изразат низ шест базични човекови природни права, обединети во едно целo, кое тој симболично го претстави во понудениот од него Хексагон (шестоаголник).

Почитувани,

Дозолете ми сега во кратки црти да ви ги преставам одделно шесте базични природни права симболично изразени преку шесте обединети агли во Хексагонот. Со цел по јасно да се види тоа јас на овде аплицираниот Хексагон, кој го имам во рака, секое одделно право од шесте базични природни права одделно го запишав кон одделен негов агол, кој и го симболизира тоа право. Како што може да видите тоа се следните шест природни права на човекот: Правото на живот, правото на слобода, правото на имот (сопственост), правото на интелектуалното творештво, правото на правда, и правото на правна држава. Понеколку зборови за секое од нив.

- Правото на живот е поврзано со човековото постоење. Тоа во таа смисла што, како што често велеше Професорот „човекот е дело на самата природа, но истовремено е и дел од таа природа“. Како таков, ќе додадеше професорот „тој (човекот), по законите на природата на еднаков начин доаѓа и на еднаков начин си оди од овој свет.“ Ако се има во предвид овој факт секоја цивилизирана заедница во уредување на

односите поврзани со човековото право на живот треба да настојува по сите основи да обезбеди достоинствени услови за живот на секој свој граѓанин, без оглед на неговиот различен статус (пол, раса, вероисповест, политичка определба, степен на образование, вработеност односно невработеност, здравствена заштита, право на образование и разни други статуси поврзани со одредени постаки (лишување од слобода, издржување на казна, тортура, лишување од живот по основ на осуденост (смртна казна) и слично.

- Правото на слобода е тесно поврзано со преходното право на живот. Тоа во таа смисла што животот на човекот според природниот нагон на социјалност, (произлезен од неговата биолошка природа) својот живот го остварува во заедница (а не робинзонски). Отука, тој во таа заедница ги остварува сите пројавни видови на слобода (слобода на движење, слобода на мисла, слобода на говор, слобода на политичко организирање, слобода на верска припадност, слобода на работа, како и бројни други видови на слобода (какви што се на пример и оние од имотната свера (слободно да го користи и да располага со својот имот, слободно да се договара во прометните односи, слободно преку тестирање да го пренесува својот имот на наследниците и сл.). Со оглед дека сите овие права на слобода се остваруваат во социјална средина, во која правата на едниот се пресретнуваат со правата на другите од таа средина тие права на слобода по своето дејство се ограничени (релативни), а не апсолутни. Ова практично значи дека правото на слобода на која и да било единка може слободно да „оди“ да се остварува само додека со него не се повредува правото на било која друга единка од дадената социјална средина.

- Правото на имот (сопственост) е поврзано со предходните две природни права на човекот. Секој човек заради обезбедување на средства за живот слободен е во рамките на своите физички и умствени способности да се користи со предметите и плодовите на својот труд, како и да може да прибавува одредени предмети и плодови од природата. На овој начин стекнатите предмети и плодови според рационалното (умно) природно право му припаѓаат на човекот кој нив ги создал или прибавил од природата. Кога организираната политичка заедница ова со позитивноправна норма ќе го уреди и признае тогаш стекнувачот односно прибавувачот врз овие предмети односно плодови се стекнува со право на сопственост. При ова, имајќи во предвид дека ова право, како и предходното, се стекнува во социјална средина, тоа коегзистирајќи во таа средина со правата на другите (поединечни и заеднички) се остварува до нивото на општествено прифатената толеранција во однос на создадените сопственички разлики

и во секој случај, тоа треба да остане во рамките на реалните можности на неговиот носител. Во контекст на ова Професорот со право упатува и на големиот римски мислител Улпијан, кој во познатата негова синтаagma од Дигестите, меѓудругото ќе рече: „...на секому да му се даде она што му припаѓа.“ како, што упатуваше и на Гетеовиот Прометеј, кој на прашањето од неговиот брат: „Што е твое“ одговара: „Ни повеќе ни помалку од она што влегува во кругот на моето делување.“

- Правото на интелектуално творештво, сватено во смисла секој да може слободно да твори (создава) во сверата на науката, книжевноста и во сверата на уметностите, и да се стекнува со материалните и моралните права поврзани со интелектуалната творба која што настанала како креација на неговиот ум. Во поширок контекст, во корпусот на ова право влегува и правото на било кој и да е човек да може слободно да се користи со резултатите на човековиот ум постигнати од порано во доменот на науката, техничко-технолошката свера, во сверата на уметностите и воопшто културата.

- Правото на правда, всушност, ја претставува самата правда сватена како вредносна категорија, (како идеја) кон која е насочено и самото право. Ако тоа (правото) ја „истерва“ правдата од себе тогаш тоа право и не е право туку антиправо. Пример на такво „право“ беа расистичките закони на Хитлер, кои во името на „неговата правда“ го предизвикаа грозоморниот холохаус на Евреите, како и оние на Сталин во СССР односно на комунистичкиот лидер на Камбоџа Пол Пот од седумдесетите години на минатиот век, кои од идеолошки причини однесоа милиони свои граѓани во разноразни гулаци, во кои човечкото достоинство беше заменето со тешки човечки страдања и во најголем број на случаи овие страдања завршуваа со смрт. Дobar пример за вакво право од антиката е оној на Софокле во неговото драмско дело Антигона, посветено на Антигона и нејзиниот владетел Креонт. Тој (Креонт), како што ни соопштува Софокле, во името на „своето право“ односно во името на „налогот на својата наредба“ и го одзел животот на Антигона затоа што таа спротивно на овој негов налог го погребала својот брат кој го загубил својот живот во битката со него. Овој вид право се сведува на познатата максима на Макијавели: „Целта ги оправдува средствата.“ Но, наспроти „правото“ на Креонт е правдата на Антигона, според која таа го одбила тој негов налог и мирно ја прифатила изнудената смрт од Креонт. Заслужува во парафразирана форма да го слушнете диалогот воден помеѓу нив двацата: Креонт прашува: Дали ти знаеше за налогот на мојата наредба? На тоа Антигона одговара: Мене таков налог не ми дал Зевс. Ниту правдата одредила ... таквите закони да ги почитуваат

лугето. И не мислам дека твојте закони се толку јаки, за да можеш ти како обичен смртник да ги повредуваш божествените напишани и непогрешиви закони. Тие не се од денеска, ниту од вчера, тие се вечни и никој не знае од кога се. Затоа не може било каков страв од било кого да ме наведе нив да ги погазам. Да заклучам: само правдата, како прамајка на правото, (затоа што таа постоела и пред неговиот постоење), е таа која бара еднакво однесување спрема еднаквиот на себе (комулативна правда) и не еднакво однесување кон не еднавиот (дистрибутивна правда).

- Правото на правна држава, како последно од шесте фундаментални природни права, е нужно поврзано со предходните пет природни права. Ова во таа смисла што ако во една дадена општествено-политичка заедница (држава) не е создаден доволен простор и амбиент овие права во доволна мера да бидат смерници (урнекот) во градењето на нејзината правна регулатива или пак, и кога ова и би бил случај, но изостане правораздавањето на правдата во примената на истата ова регулатива тогаш за таквата заедница тешко може да се каже дека претставува правна држава. Отука, заклучокот би бил дека правото на правна држава би било можно само ако правниот систем во дадената држава е заснован на начелото на легитимитет на правото во неговото настанување и на начелото на легалитет на правото во постапката на неговата примена.

Почитувани,

Кога сум кај овде изнесените шест основни природни права на човекот останува моја должност само со неколку реченици да ви дадам одговор на прашањето што симболизираат затемнетите полиња надвор од полето на самиот Хексагон кој е затворен во круот аплициран на овој бел лист хартија. Одговорот е краток. Тоа се полињата кои го симболизираат позитивното право, во кое се уште се присутни доволно елементи кои се израз на чулноста на човекот или поинаку речено на неговите биолошки својста (нагоните). Во контекст на ова професорот знаеше да рече: „На глобусот на позитивното право има два пола- умност и чулност“ Кој пол ќе преовлада во позитивното право зависи од нивото на умноста и чулноста во овие полови. По големо ниво на умност во ова право значи и негова поголема праведност и обратно поголемо ниво на чулност во него значи и поголема негова неправедност. Тоа ќе биде така, како што велеше професорот „се додека природата не ја открие својата вечна тајна зошто човекот доаѓа и заминува, (од овој свет м.з.), со која природна цел се прави тоа, дотогаш нема да биде воспоставено (целосно м.з.) владеење на природното право.“ Тоа би значело дека тие два вида на право: позитивното и природното преставуваат дуалитет кој „судбински“

е наложен од самата природа. Оттука, тие, „сакале или не“, како што во минатото, така и во сегашноста, но и во иднината ќе продолжат да коегзистираат заедно, но со очекување дека полето на умност во нив ќе биде се поголемо наспроти полето на чулност. Во секој случај, изборот е во човекот и неговата степен на умност.

Почитувани,

На самиот крај привршувајќи ја ова моја реч дозволете ми да ви се заблагодарам што имавте доволно интерес да ја ислушате до самиот крај, иако таа го надмина времето определено од организаторот на конференцијата.

Почитувани,

Според христијанскиот обичај, не знам можеби и по обичаите на други религии е така, требаше на почетокот на ова моја реч да ве повикам и со едно минутно молчење да му одадеме почит на професорот, кој повеќе не е со нас. Но, во овој случај јас свесно не го сторив ова. Ова од причина што тој со опокојувањето само физички се оддели од нас, но не и духовно. Тој и самиот во некоја од своите беседи зборува за тоа дека во борбата на телото со душата умира само телото, но не и душата. Токму така почитувани. Во преносна смисла тоа и не значи друго, туку, дека тој, иако сега е во божиите небесни височини, сепак, со сето свое духовно битие, со сето она знаење, од доменот на правото и филозофијата на правото и посебно природното право, што го остави како дар за целото човештво, и денеска и утре и за секогаш го прави да биде присутен помеѓу љубителите на правната и филозовско-правната мисла. Со еден збор, тој духовно за секогаш останува во овоземниот свет и да учи и да подучува, каков што бил, е и останува да биде и големиот антички мислител Сократ. Во чест на ова, сега, место едноминутно молчење, ве поканувам сите да станете и со еден громогласен аплауз да ја искажеме нашата благодарност за се она што професорот Перовиќ ни го остави во наследство од доменот на правно-филозовското учење за природното право и за неговиот однос кон позитивното правото.

ПРИЛОГ КОН ТЕОРИЈАТА ЗА ЗЛОУПОТРЕБАТА НА ПРАВОТО

Значење на темата

Темата на Конференцијата „Злоупотреба на правото наспроти владеење на правото“ е актуелно прашање, особено во денешно време кога многу се зборува за правото, правдата и за владеење на правото. Етерот е полн со тие зборови, посебно за време на претседателската кампања за избор на нов претседател на Републиката - петти по ред од осамостојувањето на Република Македонија. Заслуга за тоа имаат претседателски кандидати - сите тројца правници и универзитетски професори. Сите тројца живеат од правото и во името на правото влегоа во политичката арена, изразувајќи желба да бидат, поданици на царството на правото“.¹

Во изминатите години на самостојност на Република Македонија, воглавно се зборува за владеење на правото, а многу ретко за злоупотреба на правото од страна на неговите субјекти. *Juridica prima* е прва која злоупотребата на правото ја актуализира, настојуваќи преку живиот разговор меѓу одделни делови од јуреспруденцијата да се дојде до една поразвиена теорија за злоупотребата на правото која би го опфатила и приватното и јавното право. На оваа конференција присутни се претставници на правната наука, на правната практика и на правното образование - три битни елементи на модерната јуриспруденција.

Од насловите на трудовите се чини дека *Juridica prima* се движи во добра насока. Од осумдесетина пријавени труда за оваа конференција, десетина од нив во фокусот ја ставаат злоупотребата на правото во областа на граѓанското процесно право, наследното, семејното,

* Редовен професор на Правниот Факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ - Скопје

¹ Ronald Dvorkin, *Carstvo prava*, Filip Visnjic, Beograd, 2003, стр. 5

финансовото, судското и парламентарното право. Доминираат автори - цивилисти, од докторанти и судии до универзитетски професори, што не е случајно. Теоријата за злоупотреба на правото е зачната прво во граѓанското процесно право, од оние правници кои први го забележале „бесното парничење или процесното малтретирање“ на странките. Меѓу таквите цивилисти е и професорот по граѓанска судска постапка, Адам Лазаревиќ, основоположник на теоријата за злоупотребата на правото во СФРЈ и Декан во два мандата на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје.²

Злоупотребата на правото послабо се забележува во сферата на јавното право. А злоупотребите има многу, дури и потешки од оние во сферата на приватното право. Правниците од областа на јавното право не покажуваат ист сензибилитетот за злоупотребите како правниците од областа на приватно право. За разлика од последните кои се наклонети кон правните синтагми, првите воглавно користат синтагми од морален и политички карактер. На пример, често ја користат синтагмата: „Нека победи правдата па дури и светот да пропадне“ (*fiat iustitia, pereat mundus*). Или ја подржуваат друга крајност: „Нека живее светот, а правдата нека пропадне“ (*pereat iustitia, vivat mundus*). Наспроти тоа, цивилистите покажуваат одмереност кога е во прашање правдата: „Нека живее правдата, но нека и светот се развива“ (*vivat iustitia, ut floreat mundus*).³

Има и обиди злоупотребата на правото да се сведе исклучиво на кривично дело - злоупотреба на службената положба на носителите на јавните функции. Станува збор за редукција на теоријата за злоупотребата на правото, врзувајќи ја злоупотребата на правото исклучиво за државните органи. Денешното јавно право е под нивото на римското јавно право (*jus publicum*) кое на злоупотребата на правото гледало многу пошироко.

Поим на злоупотребата на правото

Злоупотреба на правото постои тогаш кога одредено физичко или правно лице ги користи своите субјективни права на начин кој ги повредува субјективните права на другите лица. Станува збор за субјективно право (*jus*) засновано врз објективно право (*lex*). Нормата од која извира субјективното право може да биде во конкретен случај нејасна или недоречена, без оглед дали станува збор за општа или поединечна норма. Поради тоа може да се случи во вршењето на едно

² Адам Лазаревиќ, Судскиот систем на СФРЈ, Скопје, 1970, стр. 17

³ Рудолф фон Јеринг, Циљ у праву, ЦИД, Подгорица, 1998, стр. 186

правно засновано субјективно право да се попречи исто така правно засновано субјективно право на друго лице. Таквата можност, веројатно не можела да се предвиди при донесувањето на одреден пропис како основа на објективното право.

Општиот поим на злоупотребата на правото се состои во употребата на своето право на начин со кој на другиот субјект целосно или делумно му се оневозможува користењето на неговото право. За поимот на злоупотребата на правото битно е тоа што не се врши прекршок, туку станува збор за полноважно право. Значи, не се врши нешто што е забрането (прекршок), туку нешто што е допуштено (субјективно право).

При операционализацијата на наведениот поим, постојат различни гледишта. Едното е субјективно, а другото е објективно. Според субјективното гледиште, потребно е да постои намера кај извршителот на другиот да му наштети со вршењето на своето субјективно право. Објективното гледиште, пак, смета дека е доволно да постои неправилно или ненормално вршење на своето право, односно вршење на правото спротивно на неговата цел. Во таков случај постои злоупотреба на правото, без оглед дали постои намера кај извршителот за злоупотребата на неговото субјективно право.⁴

Ако не би имало субјективно право, тогаш лицето би постапувало бесправно или противправно. Тоа би било бесправно или противправно постапување, а не злоупотреба на правото. Кога е во прашање бесправното постапување, станува збор за неправо или за „фалсификувано право“. Па затоа се зборува за „граѓанско неправо“ или за „кривично неправо“.⁵

Примери на злоупотреба на правото

Злоупотреба на правото постои во сите гранки на правото. Но, за злоупотребите малку се зборува. Повеќе се зборува за примена на правото или за владеење на правото. За злоупотребите ретко се зборува, помалку отколу во предходниот систем (социјалистичко самоуправање). А и денес постојат бројни примери на злоупотребата на правото. Еве неколку примери од областа на граѓанското, кривичното и уставното право, пришто носители на злоупотребата се физички или правни лица (државни органи).

На пример во граѓанската судска постапка злоупотребата се врши и од страна на странките и од страна на судот. Постапката трае

⁴ Pravna enciklopedija, 2, SA. Beograd, 1985, стр. 1964

⁵ Рудолф фон Јеринг, Циљ у праву, ЦИД, Подгорица, 1998, стр. 213

предолго време, со голем број рочишта. Странките ги злоупотребуваат своите процедурални права и ја одоговлекуваат постапката, а судот тоа го толерира. На пример, судска постапка, за одредено кривично дело, трае и преку 66 рочишта. Долго трајат и парничните постапки. Толку долго што таквите постапки се претвараат во вистинско малтретирање на обвинетите и оштетените странки. Отука со право, познатиот судија Ханд од САД „повеќе се плашел од судскиот спор отколку од смртта или данокот“.⁶

Големи злоупотреби на субјективните прави врши и Собранието на РМ како законодавен и уставотворен орган. На пример, во Законот за сопственост и други стварни права од 2001 година извршено е поистоветување на добрата во општа употреба со државната сопственост. Собранието тоа го направи на несовесен начин, лишувајќи го општеството од народна сопственост, категорија позната уште од римското право, чии заштитници биле цензорите и едилите. Нашиот законодавец, многу лесно ја укина општествената сопственост врз добрата во општа употреба, а со тоа му ја одзеде и материјалната основа на општеството како субјект на правото. Последиците се огромни, особено со донесувањето на Законот за концесија и јавно приватно партнерство од 2012 година, со кој Владата станува вистински владетел со добрата во општа употреба. На дело е груба злоупотреба на овластувањата на Собранието и Владата на штета на субјективните права на граѓаните за кои општите добра се услов за одржување на нивниот живот.

И уставотворната власт се злоупотребува на штета на општеството, поради незнаење или други причини. На пример одредбата: „Во Република Македонија слободно е се што со Уставот и законот не е забрането“. Местото на наведената одредба не е во членот 8 каде што се определени темелните вредности на уставниот поредок на Република Македонија, туку во одделот за основните слободи и права на човекот и граѓанинот, како „одбранбени права“. Погрешното место на таа одредба се злоупотребува од вршителите на државната власт, сметајќи дека тоа начело важи и за државните органи, наспроти начелото на статусна или институционална уставност.

Наведената одредба е под нивото на Црногорскиот општ имотен законик од 1888 година во кој е вградена одредбата: „И што не е забрането може да биде нечесно“. Многу дозволени работи можат да бидат нечесни или недостоинствени, да бидат под нивото на пристојноста и неучтивоста, за кои опширно пишува Рудолф фон Јеринг, во неговите дела „Борба за правото“ и „Целта на правото“.

⁶ Ronald Dvorkin, Carstvo prava, Filip Visnjic, Beograd, 2003, стр. 11

Или, голем е дебалансот помеѓу слободите и правата на човекот и граѓанинот од една, и должностите на граѓанинот, од друга страна. Уставот познава 42 основни слободи и права, а само 4 до 5 должности. А без должности, слободите и правата се подложни на злоупотреба, на штета не само на граѓаните, туку и на државата и општеството како субјекти на правото.

Злоупотреба на правото врши и Врховниот суд на Република Македонија. Врховниот суд има субјективно право да донесува правни мислења заради обезбедување на единството во примената на законите од страна на судовите. Но Врховниот суд со своето правно мислење од 2018 година не врши усогласување на судската практика, туку дава автентично толкување на чл. 22 од Законот за Специјалното јавно обвинителство. На тој начин врши злоупотреба на правното мислење, со цел да ја попречи работата на СЈО во откривањето и гонењето на сторителите на казнивите дела. Злоупотреба во функција на неказливоста во општеството.

И Уставниот суд врши злоупотреба на правото. На пример, има право да го донесува Деловникот за своја работа. Со Деловникот може да го уредува начинот на својата работа, но нема право во тој акт да вградува и прашања од статусен карактер. На пример, со Деловникот од 1992 година ги вовеле времените мерки, ја определи долната граница на имунитетот на претседателот на Републиката и самоволно си обезбеди право на иницијатива за поведување постапка за оценка на уставноста на законите. Со симнување на наведените права од уставно на деловничко рамниште Уставниот суд своето субјективно право да донесува Деловник за својата работа го злоупотребил на штета на начелото на институционална уставност.

Уставниот суд знае да постапува и противправно. На пример, во февруари 2016 година, укинувајќи го Законот за измена и дополнување на Законот за помилување од 2009 година, го укина и членот 11 кој веќе бил укинат од страна на законодавецот во 2009 година. Се обиде да ја оживее мртвата норма, со цел на претседателот на Републиката да му овозможи противзаконита аболиција на 56 лица од април 2016 година. Уставниот суд заборавил на старото правило утврдено уште од страна на римското право: „Укинатиот закон не се оживува, ако се укине законот со кој што тој е укинат (Abrogata lege abrogante, non reviviscit lex abrogata).

Правниците имаат обврска да го чуваат правото од злоупотреба

Правото може да се злоупотребува ако се користи како средство за пресметка со политичките опоненти. Таков беше Законот за лустрација од 2008 и 2011 година. Лустрацијата е неподобно прашање за решавање со правни методи. Може да се решава со политички средства. Исто како што не можеше со судска одлука на Регионалниот суд во Токио од 1958 година да се протерат американските воени сили од територијата на Јапонија (Сунагава случајот).⁷

Горе наведените елементи можат да се искористат како основа за доградување на теоријата за злоупотреба на правото и нејзина поширока примена во доменот на јавното право. Тоа е превасходна задача на уставното право и на другите гранки од областа на јавното право, потпирајќи се на веќе постигнатите резултати на приватното право и на правната мисла на најистакнати цивилисти како што се Рудолф фон Јеринг, Адам Лазаревиќ и Слободан Перовиќ.

Дојран, 8 мај 2019

⁷ Тадаказу Фукасе, Светомир Шкарич, Мирот и уставите, БЦМ. Скопје, 1997, сдтр. 179

Проф. д-р Ангел Ристов*

ЗЛОУПОТРЕБА НА ПРАВОТО И „НЕНОРМАЛНОТО“ ПРАВО ВО МАКЕДОНСКОТО ГРАЃАНСКО ЗАКОНОДАВСТВО

UDC: 347.132.142:340.13 (497.7)

Original Research Paper

Апстракт: *Забраната за злоупотреба на правото е опитата граница во вршењето на правото. Субјектите се слободни по своја волја да ги вршат, односно остваруваат своите права врз основа на начелото на совесност и чесност но, тие не треба да ги злоупотребуваат. Тие не можат да ги вршат своите права спротивно на целта и интересите заради кои се признати и правно заштитени. Кога некој го врши своето право со намера на друг да му причини штета или спротивно на целта заради која е признато, го врши на несовесен и нечесен, асоцијален и ненормален начин, причинувајќи му на друг штета или спречувајќи го друг во остварувањето на своето право, тогаш во теоријата на граѓанското право се говори за злоупотреба на правото. Освен субјектите, во практиката и законодавецот го злоупотребува своето право, носејќи закони кои се во спротивност со правните принципи и логика. Чести се случаите кога ваквите „бирокуратски“ закони се на штета на граѓаните, поради што ваквото право го добива префиксот „ненормално“ право. Во трудот, авторот ги анализира поимот и теориите за злоупотребата на правото во правната наука и позитивното право укажувајќи на се поголемата застапеност на злоупотребата во практиката, но и на реткото повикување на ова начело од страна на субјектите. Авторот, исто така, посочува примери во законската регулатива кои се израз на „ненормалното“ право со предлози за нивно надминување.*

Клучни зборови: *забрана за злоупотреба на правата, граѓанско субјективно право, вршење на правото, ненормално право.*

* Вонреден професор на Правниот факултет Јустинијан Први, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје

Општо за забраната за злоупотреба на правото

Субјективното граѓанско право претставува збир на овластувања кои на субјектот во еден граѓанско-правен однос му ги признава објективното право заради задоволување на одредени интереси.¹ Врз основа на тоа, суштината, *raison d'être*, на постоење на граѓанските субјективни права² е истите да се вршат и остваруваат.³ Со тоа се остварува нивната содржина и целта заради која тие се правно признати и заштитени⁴

Во граѓанското право субјективните права се вршат по слободно диспозиција (автономија на волјата) од страна на нивните титулари во согласност со начелото на совесност и чесност.⁵ Но, сепак, тие не треба да се злоупотребуваат.⁶ Општа граница во вршењето на правата е забраната за злоупотреба на правата. Така, доколку „субјективните права се вршат несовесно, а тоа значи заради остварување други цели, а не оние за чие остварување тие права им се признаени на нивните носители, па со таквото несоодветно вршење им се попречува или оневозможува на другите носители да ги вршат своите субјективни права заради остварување на целите за чие остварување тие права им се признати, тогаш се работи за злоупотреба на субјективните права.“⁷

Во теоријата се истакнува дека „забраната...не е ништо друго, туку граница до која слободно може да се вршат...субјективните права. Со поминувањето на оваа граница од теренот на допуштеноста на вршењето на субјективните права се доаѓа на теренот на злоупотреба на овие

¹ Види повеќе кај Martin Vedriš, Petar Klarić, *Граѓанско право, опќи део, стварно, обвезно и наслједно право*, Друго изменјено и допунјено издание, Narodne Novine, Zagreb, 1996, стр. 63.

² За поимот и суштината на субјективното право да се види поопширно кај: Асен Групче, *Имотно (Граѓанско) право*, Општ дел, Второ и изменето издание, Култура, Скопје, 1983, стр. 271-273; Martin Vedriš, Petar Klarić, *op.cit.*, стр. 62-63.

³ Повеќе за вршењето на правата да се види кај: Андрија Гамс, *Увод у граѓанско право*, III допуњено издање, Научна књига, Београд, 1959, стр. 232-233; Асен Групче, *op. cit.*, стр. 271-273.

⁴ За субјективното граѓанско право види повеќе кај: Душан Николиќ, *Увод у систем граѓанског права*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад, 2004, стр. 218-219.

⁵ Повеќе за автономијата на волјата види кај: Гале Галев, *Потекло на слободата на договорите*, *Зборник во чест на Александар Христов*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет, Скопје, 1996; Гале Галев, *Слободата на договорање и нејзините општи граници*, *Развитокот на политичкиот и правниот систем на Република Македонија*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, 2000.

⁶ За начелото на забрана за злоупотреба на правото во облигационото право повеќе види кај: Димитар Поп Георгиев, *Облигационо право*, Универзитет Кирил и Методиј, Скопје, 1990, стр. 23.

⁷ *Ibidem*.

права.“⁸ Затоа прашањето за злоупотребата на правата е во тесна врска со начинот на вршењето и остварувањето на правата, односно со начелото на совесност и чесност во имотно-правните односи.⁹ Врз основа на ова начело, правото и правниот поредок им налагаат на субјектите во имотно-правните односи, вршењето на своите права да го прават на еден совесен и чесен начин, не причинувајќи штета на друг и не повредувајќи ги правата на друг.¹⁰ Според професорот Димитар Поп Георгиев „начелото на совесност и чесност¹¹ е тесно поврзано со односот помеѓу правото и моралот, како и со неможноста со прописи до крај да бидат регулирани определени...односи. Учесникот...постапува совесно и чесно тогаш кога со своите постапки нема намера да стори нешто што е противправно или неморално.“¹² Во таа смисла, говори и професорот Адам Лазаревиќ кој истакнува дека „денеска преовладува сфаќањето според кое сите права, колку и да се тие засновани врз законот или се легитимни, мораат да се вршат на еден во се чесен и човечен, односно благонаклонен и социјален начин, то ест со полна внимателност и обзир спрема правата и интересите на други лица.“¹³

Идејата за начелото за забрана на злоупотреба на правата преку учењето и теориите на граѓанско-правната наука се појавува во времето на капитализмот.¹⁴ Но, сепак, овој феномен бил познат уште од времето на римското право, кога е создадена максимата според која злонамерното, злобното вршење на правото не е дозволено (*malitius non est indulgendum*).¹⁵ Од крајот на 19 тиот век, па до денес, речиси и да не постои граѓанско право кое не ја познава и уредува забраната за злоупотреба на правото.

⁸ Така Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска, *Облигационо право*, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2008, стр. 56.

⁹ Начелото на совесност и чесност е едно од фундаменталните и најзначајните начела на граѓанското право.

¹⁰ Совесноста претставува психичка категорија, односно таа е субјективна категорија на еден субјект во имотно правните односи, кој е свесен или не е свесен за недостатокот на своето право, односно за правната положба во која се најдува. Станува збор, исто така и за етичка која е поврзана со начинот на моралното и добротот постапување на субјектите во имотноправните односи благовремено исполнувајќи си ги своите права и обврски. Поради тоа несвесноста секогаш во правото е пропратена со негативни последици. Повеќе за начелото на совесност види кај Асен Групче, *op. cit.*, стр. 32-33.

¹¹ Поимот совесност и чесност е изведен од латинскиот израз *Bona Fides*, што во превод значи *верност и држење* на дадениот збор.

¹² *Op.cit.*, стр. 22.

¹³ Адам Лазаревиќ, *Судскиот систем на СФРЈ со осврт на некои основни начела и установи на граѓанската судска постапка*, Постдипломски студии по граѓанско право, Универзитет „Кирил и Методиј“ во Скопје, Правен факултет, Скопје, 1970, стр. 15.

¹⁴ Така Асен Групче, *op. cit.*, стр. 275.

¹⁵ Повеќе за ова види кај Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска, *op. cit.*, стр. 56-58.

Со текот на времето, ова учење продира и е прифатено и во другите области од правото (казнено, административно и др.). Ова се должи на фактот што идејата за забрана на злоупотребата на правото не е само правна и законска, туку морална и етичка обврска на секое лице: на друг да не му се нанесе штета.¹⁶ Таа е стара и произлегува од основните постулати на науката за граѓанското право кој ги востановил познатиот римски правник Улпинијан, а тоа се: чесно да се живее, на друг да не му се причинува штета и секој да си го добие заслуженото (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere* – *Dig. I, 1, 10, 1*).

Во услови на драматична криза во меѓучовечките односи и на се поголемо отсуство на „совесноста и чесноста“ во општествените и правните односи, во трудот најпрвин ќе се задржиме на поимот и теориите за злоупотреба на правото, регулирањето на овој институт во позитивното право и проблемите поврзани со него во практиката, за да на крајот се осврнеме на одредени законски решенија кои се класичен пример на „ненормално“ право, спротивно на правните принципи и правната логика.

Поим и теории за злоупотреба на правото

Начелото на забрана на злоупотреба на правата претставува општата граница во вршењето на правата.¹⁷ Појавата на овој институт во правната наука, се должи на продирањето на позитивизмот во граѓанското право во средината на 19 тиот век, со кој започнува ревидирањето на римското сфаќање за апсолутна слобода во вршењето на правата, прифатено од школата на природното право.¹⁸ Во римското право, поаѓајќи од апсолутно сфаќање на правото на сопственост (*plena in res potestas*), бил прифатен принципот на слободно и неограничено вршење на правото.¹⁹ Во таа смисла, било прифатено становиштето – оној кој своето право го врши никому не му нанесе штета (*Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*, *Gaius, D. 50, 17, 55*). Ова становиште произлегувало од идејата

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Според Лудвик Топлак „под злоупотреба на правото подразбираме такво вршење на правата, кое во спротивност со намената, заради која правото е востановено или признато.“ Повеќе види кај Ludvik Toplak, *Civilno pravo, Splošni del civilnega prava*, Univerza v Mariboru, 2002, str. 153.

¹⁸ За ова повеќе да се види кај Димитар Поп Георгиев, *Граѓанско право*, Универзитет во Скопје, 1966, стр. 29-31.

¹⁹ Повеќе за ограничувањата во римското право да се види кај: Dragomir Stojčević, *Rimsko pravo, desetto izdanje*, Savremena administracija, Beograd, 1978, стр. 133-134.

дека “правото како такво не може да се злоупотреби, т.е. дека вршењето на едно извесно право е определено или детерминирано со самите негови поимни граници, и дека се дотогаш додека тие граници не се и формално пречекорени може да станува збор само за неговата употреба, но не и за неговата злоупотреба (*Qui iure suo utitur, neminem laedit resp. nemini facit iniuriam*).“²⁰ Сепак, слободното вршење на правата во римското право не било апсолутно, што го потврдува постоењето на приговорот за измама (*Exemptio doli, fraus creditorum*),²¹ но и други ограничувања засновани во општиот интерес и соседското право.²² Во таа смисла, професорот Иво Пухан истакнува дека „уште од најстаро време римското право и поставило граници на власта на одделните сопственици со цел да се овозможи истовремено и напоредно постоење на многу сопственици, но и да се заштитат општествените интереси.“²³ Во времето на класичното право се востановува забраната на секаква злоупотреба на правото на сопственост (*Male enim nostre iure uti non debemus, Gaius 1,53*)²⁴ Подоцна, ова правило е уште построго дефинирано во Дигестите, според кое: нема оправдување за оној кој го употребува своето право само затоа да на друг му нанесе штета (*Malitiis non est indulgendum: D, 6, 1, 38*).

Од римското право до појавата на првите теории за злоупотреба на правото било потребно да помине многу време. Поради тоа, злоупотребата на правото како принцип не била предвидена во првите граѓански кодификации како што е на пример, Францускиот Code civil од 1804 година и Српскиот граѓански законик од 1844 година. Причина за ова е фактот што во правото тогаш сеуште доминирал традиционалниот принцип според кој правото кое се врши не можело да се злоупотребува.²⁵ Затоа во француското право забраната за злоупотреба на правата произлегува од становиштата на науката и на судската пракса која ја надополнила оваа правна празнина во Code civil.²⁶ Според најистакнатиот поборник на теоријата за злоупотреба на правото – Жосеран, битна е волјата на вршителот на субјективното право или мотивот поради кој се врши

²⁰ Оној што го врши своето право никому не му наноси штета, ниту му прави некаква неправда, па според тоа, во таков случај не би можело да стане ниту збор за неправилно или недозволено вршење на правото односно за неговата злоупотреба. *Ibid*, стр. 16.

²¹ Така Асен Групче, *op. cit.*, стр. 273.

²² Повеќе види кај Михаил Н. Андреев, *Римско часто право*, Наука изкуство, София, 1958, стр. 172.

²³ Иво Пухан, *Римско право*, Универзитет Кирил и Методиј-Скопје, Скопје, 1973, стр. 233.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Адам Лазаревиќ, *op. cit.*, стр. 16.

²⁶ Види кај Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска, *op. cit.*, стр. 56.

правото.²⁷ Доколку тоа се прави со цел на друг да му се причини штета, а не да се оствари одреден имотен интерес, таквото вршење на правото се преобразува во злоупотреба и ја губи својата правна заштита.²⁸ Станува збор за субјективното становиште за злоупотреба на правата, за кое карактеристичен бил познатиот Колмарски случај кога соседот изградил лажен оцак само за да ја попречи светлоста и видливоста на соседот, како и голем број на други случаи на шиканозно вршење на правото. Дури подоцна, француската судска пракса, освен субјективниот критериум (постоење на намера за причинување штета) прифаќа и одредени објективни критериуми како што се недостатокот на оправдан интерес и отстапувањето од социјалната функција на правото.²⁹

Во Српскиот граѓански законик од 1844 година, било предвидено дека: „Кој на друг со тоа што би го уживал своето право, само ако границите не ги пречекори, ќе му нанесе штета, не е должен да одговара ниту да му ја надомести штетата. (§ 806)“ Ваквиот став на законодавецот произлегувал од ставот на старата цивилистичка концепција на школата за природното право која се засновала на идејата за слободно и неограничено вршење на субјективните имотни права.

Подоцнежните граѓански кодификации, за разлика од претходните, во своите одредби изречно го прифаќаат субјективното становиште на злоупотреба на правата. Но, во судската пракса, повикувајќи се на начелото на совесност и чесност, се приклонуваат кон второто објективно становиште за постоење на злоупотреба на правото. Ваквиот концепт на злоупотреба на правото е прифатен во Општиот имотен законик на Црна Гора од 1888 година (чл. 1000), Германскиот граѓански законик од 1896 година,³⁰ Швајцарскиот граѓански законик од 1912 година (чл. 2)³¹ Грчкиот граѓански законик³² и др. Врз основа на становиштата на судската пракса, според која: „важно е правото да се врши ненормално, без каков бил законит интерес, антисоцијално и штетно за другиот“; и „каква е неговата намера не е битно“ и др., објективното становиште за злоупотребата на правата преку повредата на начелото на совесност и

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ „Вршењето на правата не е допуштено ако единствено има за цел на друг да му се нанесе штета.“ § 226 од BGB.

³¹ „Секој е должен во вршењето на своите права и исполнувањето на своите обврски да постапува совесно и чесно.“ чл. 2 ст. 1. CCS.

³² „Забрането е вршењето на правото доколку таквото вршење очигледно е во спротивност со начелото на совесност и чесност, моралот и социјалната и економската цел на правото.“ чл. 281.

чесност станува поприфатено и во правната наука и законодавствата.³³

И покрај наведеното, треба, сепак, да се истакне дека во поново време, првите никулци на теоријата на злоупотреба на правата во Европа ги среќаваме во одредбите од Општиот имотен законик на Црна Гора од 1888 година. Творецот на овој законик, познатиот правник Валтазар Богишиќ, успеал умешно да ги дефинира правните правила „низ изразот на народните правни сфаќања“. Тој успеал да ги предвиди и двата принципи во вршењето на правата: „Се додека на друг штета не му нанесуваш, користи што можеш и колку можеш.“ (чл. 998); „И што није забрањено, може да не биде чесно“ (чл. 999). Најпосле, злоупотребата на правото е дефинирана со народен разбирлив јазик, со зборовите: „Ни со своето право да се служиш неможеш, на штета или непријатност на друг“ (чл. 1000).³⁴ Тоа е првиот законик кој ја прифаќа објективната концепција за забрана на злоупотребата на правото која била недопуштена и забранета.

Со продирањето на позитивизмот во правото и во правната наука, започнува процесот на ревидирање на сфаќањето за апсолутна слобода во вршењето на граѓанските субјективни права. Како најзначајни застапници на оваа теорија се појавуваат француските учени Жени, Салеј, Жосеран и др. Според нивното позитивистичко учење субјективното право не е нешто што е само по себе дадено, туку тоа постои затоа што објективното право, самото општеството, самата држава тоа го признава.³⁵ Општеството и државата ги признаваат и доделуваат субјективните права за да се постигнат извесни разумни цели, да се заштити и остварат извесни интереси чија заштита општеството ја смета за потребна.³⁶ Доколку некој не го врши своето право за остварување на целта заради која тоа е правно признато или го врши спротивно на неговата општествена намена, тогаш велиме дека тој го злоупотребува своето право. Врз основа на тоа, злоупотреба на правото постои тогаш кога одредено лице го врши своето право на неправилен, невообичаен или ненормален начин, или пак со цел на некое друго лице да му причини непријатност или штета, без да постои оправдана причина или корист за себе лично.³⁷ За таквото вршење на правата, според проф. Адам Лазаревиќ се вели дека „не е нормално и не е дозволено бидејќи е спротивно на убавите и здрави сфаќања или обичаи што треба да постојат и да владеат меѓу добронамерните и чесни луѓе.“³⁸

³³ Така Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска, *op. cit.*, стр. 56.

³⁴ Општ имотен законик на Кнежевство Црна Гора.

³⁵ Така Андрија Гамс, *Увод у граѓанско право, Општи део*, Научна књига, Београд, 1970, стр. 275.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Адам Лазаревиќ, *op. cit.*, стр. 16.

³⁸ *Ibidem*.

Постојат бројни примери на злоупотреба на правото во практиката поврзани со вршењето на правото на сопственост, соседското право, вршењето на професионалните дејности и сл. Таков е примерот со копање на бунар, канал со цел да се одземе водата на соседот, пренасочување на водата од потокот и реката на штета на подолниот корисник, поткопување на темелите на куќата на соседот, испуштање на непријатни миризби, прекумерната бучава и др.

На прашањето кога постои злоупотреба на правото во теоријата се присутни две становишта – субјективно и објективно.³⁹ Според првото, субјективно становиште, злоупотреба на правото постои кога правото се врши со намера на друг да му се причини штета. Таквата намера е позната како шикана, а вршење на правото се нарекува шиканозно. Притоа, во правната наука се истакнува дека токму намерата е „основа правото да се преобрази во злоупотреба.“⁴⁰ Подоцна, со текот на времето, француската практика и теорија го прифаќаат становиштето дека злоупотреба на правото може да постои и кога немало намера за причинување на штета. За второто, објективно становиште, „објективниот критериум се сведува на ненормалното, невообичаено користење на правото како посебна основа за злоупотреба на правото.“⁴¹

За да постои злоупотреба на правото неопходно е лицето кое во конкретниот случај врши злоупотреба да има некое свое право, но тоа право да го врши на еден ненормален и недопуштен начин или со цел на друг да му причини штета. Во спротивно, доколку тоа лице нема свое субјективно право, туку со своето противправно дејствие повредува некое друго право, во тој случај настанува граѓанскоправен деликт. Во таков случај имаме едно недопуштено противправно дејствие со кое се повредува едно право од што произлегува обврската за надоместување на причинетата штета. Тоа е суштинската разлика со граѓанскиот деликт каде со повредата на едно право настанува неправо.

Со злоупотребата на правото е потребно да се докаже дека со вршењето на своето право на друг е причинета штета, вознемирување или непријатност што ја наметнува потребата од надомест на причинетата штета. Со оглед дека забраната за злоупотреба на правото не се претпоставува, оној кој што тврди дека таа постои треба злоупотребата на правото да ја докаже во постапка пред надлежен суд.

Врз основа на наведеното, и покрај големиот број на определувања во науката, можеме да заклучиме дека злоупотребата на правото постои

³⁹ Асен Групче,

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

тогаш кога правото се врши на еден несовесен, ненормален, невообичаен и нехуман начин или со намера на друг да му се причини штета или да се спречи во остварувањето на некое свое право. Во таа смисла, секое вршење и остварување на правата на несовесен, нечесен и неморален начин претставува злоупотреба на правата.

Со текот на времето учењето за забрана за злоупотреба на правото од рамките на материјалното граѓанско право - сопственоста и соседското право е прифатена и во граѓанското процесно право, позната како бесно парничење или процесно малтретирање, со цел одолговлекување на спорот и причинување на штета на другата страна.⁴² Во практиката, странките многу често ги злоупотребуваат процесните права, што доведува до голем број на одложени рочишта и на судења во неразумен рок. Сепак, ретки се пресудите на судот со кои се утврдува злоупотреба на процесните права и дејствија! Учењето за злоупотреба на правото во современите права наоѓа свое место речиси во сите правни дисциплини, но и пошироко во правото воопшто.

Забраната за злоупотреба на правото во македонското законодавство

Во македонското законодавство забраната на злоупотреба на правата има долга правна традиција која произлегува уште од поранешното социјалистичко законодавство.⁴³ По осамостојувањето, и покрај тоа што беа донесени нови прописи со кои се уредуваат граѓанскоправните односи, сепак и во поглед на забраната за злоупотреба на правата останала истите законски решенија од поранешното законодавство. Македонското граѓанско право, за разлика од голем број на други законодавства, сеуште не е кодифицирано и покрај тоа што формално правно сеуште не е отфрлена идејата и Проектот за изготвување на граѓанскиот законик од 2011 година.⁴⁴ Летаргијата на законодавецот во сферата на приватното право и понатаму продолжува! Дали ќе биде донесен Граѓанскиот законик или ќе бидат направени реформи во постојните генерални закони останува да покаже иднината. Се дотогаш, остануваат да се применуваат старите решенија и да постојат правните празнини во граѓанското законодавство.

⁴² Адам Лазаревиќ, стр. 17-18.

⁴³ За ова види повеќе во делата на професорите: Асен Групче, Димитар Поп Георгиев, Миле Хацевасилев Вардарски, Стефан Георгиевски и др.,

⁴⁴ Одлуката на Владата на Република Македонија „Службен весник на Република Македонија“ бр. 4/2011.

Граѓанското законодавство по осамостојувањето ги презеде речиси во целост, со одредени исклучоци, решенијата од поранешниот правен поредок. Така во Законот за сопственост и други стварни права од 2001 година, законодавецот ги предвиде и двете концепции за забрана на злоупотреба на правото.⁴⁵ Забраната за вршење на злоупотреба на правото во ЗСДСП е предвидена во делот во кој се уредени општите ограничувања на правото на сопственост. Така, согласно одредбите на чл. 9 ст. 2 е предвидено дека: „Забрането е вршењето на правото на сопственост *спротивно на целта* заради која е со закон признато и установено или спротивно на моралот на општеството.“ Од оваа одредба се гледа дека законодавецот го прифаќа објективното становиште за злоупотреба на правото, без притоа да бара постоење на одредена намера за причинување на штета. Сепак, во рамките на одредбата од чл. 9 ст. 3 со која се пропишува дека: „Правото на сопственост *не смее да се врши со цел на друг да му се причини штета или тој да се спречи во остварувањето на неговото право*“ законодавецот го предвидел и субјективното гледиште за злоупотреба на правото, за кое е потребно постоење на намера. Освен во овие одредби, забраната за злоупотреба на правото, законодавецот ја предвидува и во рамките на посебните ограничувања на правото на сопственост поврзани со две соседни недвижности – соседското право. Во таа смисла во чл 11 од ЗСДСП е пропишано дека: „Сопственикот на недвижност е должен при користење на недвижноста да се воздржува од дејствија и да ги отстранува причините што потекнуваат од неговата недвижност, со кои се отежнува користењето на други недвижности (пренесување на чад, непријатни миризби, топлина, саѓи, потрес, бучава, истекување на отпадни води и слично), над мерката што е вообичаена со оглед на природата и намената на недвижноста и на месните прилики или со кои се причинува позначителна штета, ако со закон поинаку не е определено.“ Во конкретната одредба станува збор за т.н. имисии недозволени штетни влијанија кои произлегуваат од една недвижност и го отежнуваат вршењето на друга соседна недвижност или го попречуваат неговиот титулар да го врши своето право. Забраната за злоупотреба на

⁴⁵ За уредувањето на стварноправните односи повеќе види кај: Асен Групче, *Граѓанско право втор дел – Стварно право*, Култура Скопје, 1976; Родна Живковска, *Стварно право, книга I*, Европа 92, Скопје, 2005; Групче Асен, „Кон физиономијата на новиот Закон за сопственост и други стварни права“, *Зборник во чест на Асен Групче*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен Факултет, Скопје, 2001; Дабовиќ Анастасовска Јадранка, „Правото на сопственост како гарантирано економски и социјално право на човекот и граѓанинот на Република Македонија“, *Слободите и правата на човекот и граѓанинот во Република Македонија*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет – Скопје, Скопје, 1996.

правото ја среќаваме и во одредбите со кои се уредува соседското право како „заемно и обзирно вршење“ на правото на сопственост (чл. 17), должноста за одржување на оградата во добра состојба (чл. 20 ст.3), поткопување на своето земјиште (чл. 26), забрана да се менува природен водотек (чл. 29), начелото на рестрикција на стварната службеност (чл. 197 ст. 2).

Забраната за злоупотреба на правото е едно од основните начела уредени во Закон за облигационите односи⁴⁶ од 2001 година.⁴⁷ Согласно одредбата на чл. 6 е пропишано дека: „Забрането е вршењето на право од облигационите односи спротивно на целите заради кои е со закон установено или признаено.“ Поаѓајќи од законската одредба, може да се забележи дека во рамките на облигационите односи законодавецот ја прифатил објективната концепција за злоупотреба на правото. Во таа смисла, науката со право истакнува дека „законодавецот не го зема предвид субјективниот однос на вршителот на правото...за него е ирелевантно дали кај вршителот на правото постоела свест и саќање преку вршењето на своето право некому да му причини штета или друг вид повреда.“⁴⁸ Според професорот Гале Галев процената за постоење или непостоење на злоупотреба на правото се врзува за чисто објективен критериум, а тоа е вршењето на правото да „е спротивно на целта заради која е е тоа со закон установено или признаено.“⁴⁹ Без разлика дали постоела или непостоела намера, ваквото вршење на правото доведува до субјективна одговорност на вршителот доколку причинил штета со таквото свое постапување.⁵⁰ Ова значи дека е без значење околноста дали злоупотребата на правото е извршена со намера или со невнимание.

Во последно време класичен пример во облигационите односи на злоупотреба на правото е правото на доверителот кои има правосилна и извршна пресуда да бара во рок од 10 години присилно исполнување на своето побарување. Ова од причина што чести се случаите кога доверителот саќајќи да добие поголем износ по основ на казнената камата се однесува несвесно и нечесно, чекајќи пред истекот на законски предвидениот рок да го поднесе барањето за извршување. Со ваквата своја постапка, се потврдува максимата од римското право

⁴⁶ „Службен весник на Република Македонија“ бр. бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13 и 123/13.

⁴⁷ Повеќе за уредувањето на облигационите односи види кај Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска, *op. cit.* Кирил Чавдар, Кимо Чавдар, *Закон за облигационите односи*, Академик, Скопје, 2008.

⁴⁸ Така Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска, *op. cit.*, стр. 60-61.

⁴⁹ *Ibid*, стр. 61.

⁵⁰ Во таа смисла говори и проф. Димитар Поп Георгиев, *op. cit.*, стр. 23.

според која и она што не е забрането не може да биде чесно! „Паметното“ штедење кое го направил доверителот со своето максимално чекање е дозволено согласно законските одредби но, тоа однесување не може да се оквалификува како совесно и чесно однесување.

Во сферата на уредувањето на наследноправните односи, за разлика од претходните прописи, во Законот за наследувањето⁵¹ од 1996 година не се предвидени одредби за начелото за забрана за злоупотреба на правото. Законодавецот, и покрај тоа што донесе нов закон, во голема мера ги презеде решенијата од поранешните наследноправни прописи.⁵² Во наследното право еден од најчестите начини со кој се злоупотребува правото на наследување и се изигрува правото на нужен дел на наследниците е договорот за доживотна издршка.⁵³ Ова од причина што овој договор, најчесто се склучува спротивно на неговата цел – давање на издршка, која во голем број на случаи е фиктивна, ниту се дава ниту пак е потребна на примателот на издршката. Наспроти законската цел и намена поради која е востановен и признат овој договор во практиката тој се користи за договорно определување на наследник и за неограничено располагање по волја на оставителот за случај на смрт. Во своето седум децениско постоење договорот за доживотна издршка се покажа како еден од најконтраверзните договори за кој постои богата судска пракса.⁵⁴ Сепак, и покрај ова, законодавецот нема донесено речиси никакви значајни промени во уредувањето на овој договор кој е основа за злоупотреба на правото на нужен дел на наследниците. Науката за наследното право со години укажува за недостатоците на договорот за доживотна издршка со кој се злоупотребува правото на нужен дел, предлагајќи истиот да биде забранет помеѓу брачните партнери за сметка на воведување на договорот за наследување.⁵⁵ И покрај ова, наследното право уште еднаш

⁵¹ „Службен весник на Република Македонија“, 47/96 и 18/01.

⁵² Повеќе за ова види кај: Љиљана Спиrowиќ Трпенoвска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Дали се потребни промени во наследното право на Република Македонија“, *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“*, во Скопје во чест на проф. Ганзовски, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2011; Спиrowиќ Трпенoвска Љиљана, Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, *Наследното право во Република Македонија*, Блесок, Скопје, 2010 стр. 15-16; Миле Хаџи Василев - Вардарски, *Наследно право*, Култура, Скопје, 1983.

⁵³ Види кај Ангел Ристов, „Правната не/сигурност во македонското семејно и наследно право“, *Охридска школа на правото*, Јуридика Прима, Том, 3, Скопје, 2016. Ангел Ристов, „Дали е потребен договорот за наследување во македонското наследно право“ *Нотариус*, бр. 19, Нотарска комора на Република Македонија, Скопје, 2011, стр. 83-94.

⁵⁴ Повеќе за судската пракса види кај Дејан Мицковиќ. Ангел Ристов, *Закон за наследувањето*, Стоби Трејд, Скопје, 2015,

⁵⁵ Повеќе види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Реформата на наследното право во Република Македонија*, Стоби Трејд, Скопје, 2016; Ангел Ристов, *Реформите во*

се потврдува дека не е во фокусот на вниманието на законодавецот.

Начелото на забрана на злоупотреба на правото, исто како и во наследното право, изречно не е предвидена во општите одредби на Законот за семејството од 1992 година. Македонското семејно право, нема претрпено поголеми и позначајни промени речиси три децении и покрај драматичните промени во бракот и семејството во последните децении. Поради тоа, неминовна е потребата од реформи во семејното законодавство.⁵⁶ Злоупотребата на правото претставува основ за ограничување или одземање на родителското право уредена во рамките на одредбите со кои се регулира надзорот врз вршењето на родителското право. Така, во случај доколку родителите не го вршат своето право или грубо го занемаруваат принудувајќи го детето кон одредени асоцијални појави (питачење, проституција и др.), спротивни на добрите родителски односи и моралот, тоа претставува основ за одземање или ограничување на родителското право. Со други зборови кога родителот не го врши родителското право според неговата намена и несовесно се однесува кон воспитувањето и образувањето на детето или го врши спротивно на најдобриот интерес на детето, настанува злоупотреба на родителското право. Злоупотреба на правото често настанува и во случај кога родителите не се раководат совесно и чесно кон имотот на детето, располагајќи со него не во интерес на личноста на детето и на неговите права.

Сепак, злоупотребата на правото во семејните односи најмногу е застапена во вршењето на родителското право по развод на брак.⁵⁷ Со оглед дека македонското семејно законодавство доцни повеќе од четири децении во однос на современите семејни законодавства, сеуште постои и е во важност концептот на поединчно вршење на родителското право по развод на брак. Поради тоа, во практиката, во најголем дел од случаите детето се доверува на чување родителот кому детето е доверено на чување и воспитување го злоупотребува своето право на старателство оневозможувајќи го другиот родител да одржува лични и непосредни контакти со детето.⁵⁸ Дека станува случај за акутен проблем во

македонското наследно право: реалност или желба, Научна конференција во спомен на доц.д-р Кристијан Таков, Софија, 7 јуни 2018.

⁵⁶ Dejan Mickovik, Angel Ristov, „Parental rights and responsibilities after divorce in Macedonia“, *International Survey of Family Law*, 2013.

⁵⁷ За вршењето на родителското право повеќе види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право*, Стоби Трејд, Скопје, 2015.

⁵⁸ За судската пракса поврзана со вршењето на родителското право види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за семејството*, Стоби Трејд, Скопје, 2015; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Правото на детето на лични и непосредни контакти со другиот родител и блиските роднини“, *Правник*, бр. 286, Здружение на правници на Република Македонија, Февруари, 2016;

македонското општество во говори и случајот Митови против Македонија од 2015 година, во кој родителот и бабата и дедото повеќе од две години не можеа да остварат личен контакт со своето дете, односно внуче.⁵⁹ И покрај тоа што Македонија го изгуби спорот пред ЕСЧП, поради повреда на правото на семеен и приватен живот и поради тоа што државата не презела неопходни мерки да им овозможи на родителите и на другите членови на семејството да продолжат да остваруваат лични и непосредни односи со детето по разводот на бракот, законодавецот сеуште нема направено никакви измени и дополнувања на Законот за семејство! Науката за семејното право со години се залага за реформи во вршењето на родителското право по развод на брак по однос на воведувањето: на заедничко родителство по разводот на брак, на надлежност на судот, наместо Центарот за социјална работа,⁶⁰ во определувањето на личните и непосредни контакти, правото на детето да го каже своето мислење и др.⁶¹ Носењето на овие реформи е од исклучително значење за добрите семејни и родителски односи и по разводот на бракот, доколку државата сака навистина да се заложити за добробитта на децата, усогласувајќи го нашето право со Конвенцијата за правата на детето.⁶²

„Ненормалното“ право во македонското законодавство

Субјективните права не ги злоупотребуваат само носителите на правата. И државата многу често ја злоупотребува својата положба и монопол во носењето на прописи. Чести се ситуациите кога законодавецот носи одредени закони и законски решенија, без неопходна поширока јавна расправа или само за задоволување на одредени интересни групи. Во науката ваквите прописи се познати како „бирокарски закони“ кои се во спротивност со општоприфатените начела на граѓанското право и правната логика и се на штета на граѓаните. Во последните децении бројот на ваквите закони и законски решенија кои го добија префиксот „ненормално“ право се повеќе се зголемува.

⁵⁹ Поширно види кај Angel Ristov, “Justice is expensive: Case Mitovi v. Republic of Macedonia” *Iustinianus Primus Law Review* No. 14, Faculty of Law Iustinianus Primus, Skopje, 2016.

⁶⁰ Повеќе види кај: Ангел Ристов, За потребата од промени во улогата на Центарот за социјална работа во уредувањето на личните и непосредните контакти со детето по развод на брак, *Академик*, Скопје, 2016.

⁶¹ Dejan Mickovik, Angel Ristov, Family Law in the New Civil Code of the Republic of Macedonia: Key Issues and necessary reforms, *International Survey of Family Law*, Jordan publishing, Bristol, 2014

⁶² Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Кодификација на семејното право во Република Македонија“, *Зборник радова Правног факултета у Палама*, 2013.

Во сферата на личното право класичен пример за „ненормално“ право е Законот за граѓанска одговорност за клеветата и навреда со кој беше извршена декриминализација на клеветата и навредата во нашето право. За разлика од минатото, кога во случај на клеветата и навреда можеше да биде изречена и казна затвор, според важечкото законодавство санкцијата за повреда на личните добра чест, углед, достоинство и репутација може да биде само имотна. Постојното законско решение на декриминализација на навредата и клеветата за неколку години придонесе за голема деморализација на нашето општество, овозможувајќи им на лицата кои што можат да ја платат паричната санкција неограничен број пати да ја навредуваат честа, угледот на одредно лице изнесувајќи невинности и клевети. Со ваквото решение, во услови на глобална поврзаност со помош на социјалните мрежи, човечкиот интегритет е изложен на напади и навреди како никогаш досега во човековата историја. Ваквото решение го наметнува прашањето дали повредата на честа и угледот може да биде надокнадена парично? Од овие причини сметаме дека ваквото решение е спротивно на добрите човечки односи и начелото на совесност и чесност поради што е потребно да се обезбеди поголема заштита на човековите лични добра. Тоа би се постигнало со повторната заштита на честа и угледот во кривичното право.

Во сферата на стварноправните односи пример за „ненормално“ право преставува решението од Законот за експропријација од 2012 година со кое се предвидува дека пазарната цена се утврдува со подзаконски акт – Методологија за процена на недвижностите. Ваквото решение овозможува државата присилно да ја одзема сопственоста на недвижностите за ниски, нереални и симболични цени. Со ова решение се прави „тивка национализација“ на штета на граѓаните и правните лица, а Македонија се враќа назад во минатото, во времето на социјализмот, кога надоместот за одземената сопственост се определуваше со разни уредби, правилници и тарифи. Постојното решение не соодветствува со духот и определбите на Уставот на Република Македонија, кој ја фаворизира приватната сопственост и слободата на пазарот и претприемништвото. Во таа смисла, Уставот предвидува дека во случај на експропријација на недвижноста на сопственикот му припаѓа праведен надомест кој не може да биде понизок од пазарната вредност. Вистинската пазарна вредност се определува само на слободниот пазар, во зависност од понудата и побарувачката.

Важечкото решение е во спротивност и со принципот на еднаквост и рамноправност во граѓанското право, со оглед дека државата не го почитува методот на координација и еднаквост и рамноправност во граѓанскоправните односи, наметнувајќи ја својата волја при

определувањето на висината на надоместот за експропријација. Во демократските држави ваквото постапување е недозволиво. Лицемерието на државата е очигледно кога станува збор за нејзините интереси - во наплатувањето на даноците на имот. Во овој случај, важи и се применува обратното. Пазарната вредност се определува врз основа на слободниот промет на недвижностите, без никакви исклучоци, методологии и други подзаконски прописи! Имајќи го во предвид изнесеното, Уставниот суд треба во најмала мера да го укине доколку нема храброст да го поништи постојното законско решение кое е во спротивност со Уставот. Својата грешка може да ја корегира и законодавецот, со донесување на измени на Законот за експропријација, враќајќи го старото решение од 1995 година. Неправдата мора да биде исправена, со цел да се спречи во иднина одземање на сопственоста за багателни цени, доколку државата навистина се залага за владеење на правото!

Во сферата на облигационото прво пример за „ненормалното“ право е недостатокот на апсолутен рок на застареност што доведува до појава на парадоксот убиството да застари а долгот не! Со оглед дека во ЗОО не е предвиден изречно апсолутен рок на застареност, со преземање на нови извршни правни дејствија од страна на извршителот по налог на доверителот, постои можност побарувањето на доверителот во нашето право никогаш да не застари.⁶³ Со други зборови пред истекот на секој 10 години, доверителот може да бара од извршителот да преземе друго извршно дејствие, со што ќе го прекине рокот на застареност, и ќе започне да тече нов рок од 10 години. И се така по ред до недоглед! Вакво решение не познаваат ниту старите граѓански кодификации кои предвидувале многу долги рокови за апсолутна застареност (20 или 30 години). Ваквата недореченост и непрецизност на законодавецот е во крајна спротивност со смислата и значење на институтот застареност. Важечките законски решенија го ставаат должникот во незавидна положба, со оглед дека каматите течат неограничено за целото време и можат десетици пати да го надминат основниот долг со текот на годините.

Следен пример на „ненормално“ право е неограниченоста на течењето на каматите. Ова решение не беше предвидено во ЗОО од 1978 година, кој предвидуваше изречна одредба според која „каматата тече се додека се достигне висината на главнината“(чл. 401). Со непредвидувањето на оваа одредба во важечкиот ЗОО од 2001 година се овозможи каматите повеќекратно да бидат поголеми од главниот долг.

⁶³ Сегашното решение е построго и од решенијата за застареност во постарите граѓански закони кои предвидуваа долги рокови на апсолутна застареност: АГЗ – 30 години; СГЗ – 24 години; ОИЗ – 30 години.

Лошите законски решенија (*dura lex, lex est*), т.н. „ненормалното“ право се вистинската причина, поради која се јави огромно незадоволство кај голем број на граѓани, кои за минимални суми на основен долг беа задолжени да плаќаат десетократно поголеми износи. Ваквото законско решение остава многу голем простор за злоупотреби од страна на доверителот. Тој може извршната исправа со години да ја чува во „фиока“ и со тоа да се стекнува со казнена камата од своето побарување на сметка на должникот. Ваквата можност и постапување е спротивно на начелото на совесност и чесност и еднаквост и рамноправност во облигационите односи. Поради ова, потребно е да се предвидат и рокови во кои доверителот по правосилноста на исправата ќе биде должен да го побара по присилен пат исполнувањето на своето побарување.

Основна причина поради која убиството и прогонот можат да застарат но не и долгот според нашето право е фактот што, за разлика од казненото право⁶⁴ кое предвидува релативен и апсолутен рок на застареност, во ЗОО законодавецот нема предвидено изречно апсолутен рок на застареност на побарувањата. Кај апсолутниот рок на застареност, за разлика од релативниот, не постои застој и прекин на рокот. Тој тече од моментот на сторувањето на кривичното дело. Затоа апсолутниот рок не може да почне да тече по втор пат од почеток. Во таа смисла во казненото право, во зависност од висината на казната, апсолутниот рок на застареност е одреден со два пати подолг рок од предвидената казна. На пример ако рокот за кривично гонење изнесува 5 години, апсолутниот рок на застареност во кој обвинителот ќе може да го гони сторителот изнесува 10 години. Ако едно лице е осудено на казна затвор од 6 години поради убиство, извршувањето на казната затвор застарува со протек на 12 години од нејзиното изрекување.

За разлика од казненото право, законодавната политика во граѓанското право по однос на застареноста на долгот е различна. Многу подолгите рокови имаат за цел да ги натераат должниците да си ги исполнуваат своите обврски во интерес на правната сигурност. Друго е прашањето дали е оправдано и дали треба и за минимални суми на долг, да се дозволи присилно извршување чии трошоци се поголеми повеќекратно од долгот! Дали е во согласност со начелото на совесност и чесност за минимални суми на побарувања да се бара присилно извршување чии трошоци десетици пати се поголеми од главниот долг? Непостоењето на правило според кое кога трошоците на извршувањето се поголеми од долгот не е дозволено извршување придонесе во праксата да се појава

⁶⁴ Повеќе за ова види кај Владимир Камбовски, *Казнено право, Опит дел*, Култура, Скопје, 2004.

случаи за 2 или повеќе денари трошоците и каматата десетократно да го надминат основниот долг?⁶⁵ Во казненото право е познат институтот – дело од мало значење.⁶⁶ Дали неколку или десетици денари „не се капка во морето“ на имотот на големите компании како доверители, кои имаат милионски суми на имот. Потребно ли е со закон, во услови на глобална сиромаштија, да се влијае на свеста на големите компании да се откажат од малите, но за сиромашните големи побарувања во интерес на социјално загрозените категории на граѓани.

Имајќи го во предвид погоре изложеното, можеме да заклучиме дека клучниот проблем кој создава голема правна несигурност во правниот промет се законските решенија кои овозможуваат долгот никогаш да не застари, а каматата неограничено да тече. Постои ли излез од ваквата состојба? Се додека законските одредби во однос на рокот на застареност не бидат променети со предвидување на апсолутен објективен рок на застареност останува сегашната состојба која е крајно неповолна за должниците. Ова се однесува и на каматата за која е потребно да се предвиди дека таа тече до достигнување на главнината. Поради тоа, се додека овие законски решенија не бидат променети, советот до граѓаните и правните лица би бил навреме да ги исполнуваат своите обврски кон доверителите со цел да се избегнат несаканите блокирања на сметките, дополнителни трошоци и камати.

Заклучок

Во правниот живот субјективните права многу често се злоупотребуваат. Кога некој го врши совето право со цел на друг да му причини штета, да го оневозможи, спречи во остварувањето на неговото право или правото го врши на несовесен, ненормален, неморален и нечесен начин спротивно на намената за која правото е признато, говориме за злоупотреба на правото. Во рамките на ова начело, ги препознаваме етиката и моралот во правото, кои треба да бидат секогаш застапени во имотно-правните односи. Во практиката, и покрај бројните злоупотреби, ретки се случаите кога странките пред судот се повикуваат на забраната

⁶⁵ „За долг од 1 денар, пензионер треба да плати 12 439 денари преку извршител на БЕГ“. Содржината на вкупниот долг се состоела од: 277 денари - администрирање; 4128 денари – извршни дејствија; 400 денари – награда; 875 – ддв; 240 денари – материјални трошоци; 1534 – адвокатски трошоци; и 722 денари – камата. Види повеќе на <http://sitel.com.mk> од 29.3.2018 година. „Извршител наплаќал долг за 0 денари“. Види за ова повеќе на <http://kanal5.com.mk>

⁶⁶ *Ibid.*

за злоупотреба на правото. Ова укажува на потребата од афирмација на начелото на совесност и чесност во имотно-правните односи, кое во денешни услови е се повеќе потиснато од желбата за остварување на субјективниот личен интерес. Бројните примери на т.н. „ненормално“ право, спротивно на правните принципи и логика, ја наметнуваат потребата од активно учество на правната наука во изготвувањето на правните прописи. Ова се со цел да се превенира и спречи носењето на „бирокуратски“ закони кои се носат во интерес на државата или одредени интересни групи. Се дотогаш, науката со својот критички осврт на лошите законски решенија и прописи, останува да биде последниот бедем и чувар на принципите на кои се темели правото.

Angel Ristov, PhD
Associate Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law
University "St. Cyril and Methodius" Skopje
angelristov@yhoo.com

MISUSE OF RIGHTS AND "ABNORMAL" RIGHT IN APPLICATION OF MACEDONIAN CIVIL LEGISLATION: EXAMPLES IN PRACTICE

The essence of the existence of civil subjective rights is that they are exercised and carried out. By doing so, their economic content is achieved, the purpose for which they are legally recognized and protected. Rights should be exercised freely by their titles, but they should not be abused. The general barrier to the exercise of rights is the institute for the prohibition of abuse of rights. The emergence of this institute is due to the penetration of positivism into civil law in the mid-19th century, with which begins the revision of the Roman notion of absolute freedom in the exercise of the right, accepted by the school of natural law (Neminem laedit qui suo iure utitur; Nullum videtur dolo facere dui suo iure utitur). According to the scholars of the theory of the abuse of law, subjective civil rights exists to achieve certain permissible and reasonable goals. If one does not exercise his right to achieve the purpose for which the right is legally recognized or does it contrary to his social purpose, then we say that he abuses his right. The principle of the abuse of right is closely related to the principle of conscientiousness and honesty, as the basic principle, from which the subjects should be guided during the entering into civil relations. In the paper, the author analyzes the theory of abuse of law and gives examples of civil legislation that are subject to frequent abuse by their titles in property and family relations in the sphere of: obsolescence, apartment ownership, the realization of the right of personal contacts with the child and contract for lifelong support. In doing so, the author points out the unjustified rare reference to this institute in practice by the subjects and the court due to his unknowledge. In addition, the author points out certain legal solutions that are an example of "abnormal" right, given their contradiction with the basic and additional principles of civil law, as is the case with the compensation for expropriation and protection of personal rights, proposing solutions for their overcoming.

Keywords: *prohibition of abuse of rights, civil subjective right, exercise of law.*

СЪЩНОСТ НА ВЪРХОВЕНСТВОТО НА ЗАКОНА

UDC: 340.131(091)
Original Research Paper

Резюме: Докладът съдържа кратък исторически преглед на възникването и развитието на правната максима за върховенството на закона. Изведени са основните елементи и характеристики на правния принцип които отличават съвременната държава като правова.

Ключови думи: върховенство на закона; правна максима; предвидимост; правна сигурност; равенство; разделение на властите; човешки права, справедливост.

Въведение

В съвременното световно общество и политика понятието „Върховенство на закона“, се използва приоритетно и се е наложило като отличителен критерий за съпоставка между демократичната, социална и правова държава от авторитарните и тоталитарни режими на управление.

Много често, обаче, терминът „Върховенство на закона“ / *Rule of law*/, погрешно се идентифицира само с ефективността и функционирането на съдебната система на една държава и качеството на нейното правораздаване и законодателство. Забелязва се тенденция квалифицирането на държавата като такава, в която е установено върховенство на закона, да се извършва предимно въз основа на мониторинг, анализ и преценка за състоянието на съдебната и система, прокуратурата и полицията, както и наличието и работата на свободния нотариат, съдебните изпълнители и адвокатура.

В действителност, принципът за „Върховенството на закона“, е

* Судија во Административен суд Софија

много по-широко понятие, което обхваща и всички други елементи на държавата и държавността: структурата и начинът и на управление; законодателната, изпълнителната и съдебната власт; народа като суверен и всеки отделен индивид и гражданин, като обект и субект на правата на човека и цялостния механизъм на взаимодействие в обществото, организирано в държава, чийто елементи са организирани по начин, който в съвкупността си да постигне в максимална степен справедливост.

I. Исторически преглед на възникването и развитието на принципа¹.

A. Възникване на принципа в Древността.

- *Аристотел*² пръв говори за „*върховенство на закона, не върховенство на отделния човек*”. Според него върховенството на закона се разбира като основа на възможността да бъде предвидено и установено, какво ще се случи, т.е. да могат да бъдат изначално установени граници и резултати от определено деяние-действие или бездействие, без значение дали източникът им е човешка дейност, природни сили или други предвидими обстоятелства. Според възгледите на Аристотел, върховенството на закона се схваща като възможност за реална предвидимост на резултати и последствия.

- В световната история като антитеза на принципа за върховенството на закона най-често е посочван *Калигула*³, който след като издадал определен едикт /закон/ в Римската империя, той бил поставян на 10 метра височина, така, че никой от гражданите или управляващите не е имал възможност да види, какво пише в съответния декрет, а приложението му, зависи само и единствено от императора. По този начин никой не знае и не може да предвиди, какво ще се случи при определени конкретни факти и обстоятелства, като практически липсва закон изобщо и всички правни последствия се определят от авторитарната воля на едно лице.

- През 1215 година Крал Джон издава *Магна Харта*⁴ /*Великата*

¹ Източник: Bingham Tom, “The Rule of Law”, С: Penguin Group, 2010, p.10-37 /Бингам Том, „Върховенство на закона“, стр. 10-37.

² Аристотел (384 пр. Хр. – 322 пр. Хр.): гръцки философ, ученик на Платон и учител на Александър Велики.

³ Гай Юлий Цезар Августус Германик (Gaius Julius Caesar Augustus Germanicus) (31.08.12г. – 24.01.41г.), известен също като Калигула, Римски император в периода 37г. до 41г.

⁴ Великата харта на свободите, наричана също Магна харта (*Magna Carta Libertatum*) е акт, подписан от английския крал Джон Безземни на 15 юни 1215 г.

харта на свободите/, която въпреки годината на създаването си, се доближава в максимална степен към съвременните конвенции за Правата на човека. В същата е записано: „Никой човек, не може да бъде преследван, наказван или воден в затвора, лишаван от свои права или собственост, или лишен от каквото и да е било, като никой, в това число и кралят, няма право да упражнява власт, спрямо него, както и да дава заповеди на подчинените си, да правят това, освен ако за това не е налице справедливо съдебно решение, базирано на закона”. В тази харта за пръв път се лимитират правата на Краля / владетеля/, до границите и в рамките на закона.

- *Habeas Corpus*⁵- възможността за обжалване при задържане или влизане в затвора. Представлява заповед или разпореждане на съд до задържан или затворник, в която се казва, че той има възможността да се яви пред съда, за да бъде установено основанието, на което се намира в затвора или съответното следствие. Въведена е и възможността лицето или упълномощен негов представител да иска от съда, издаването на такава заповед, за да се установи, налице ли е валиден акт, въз основа на който лицето е в затвора или е задържано. Правилото е типично и въведено за пръв път в англосаксонската система.

Б. Развитие на принципа през периода на Просвещението и Модерните времена.

- *Джон Лок*⁶ въвежда официално принципа „*Върховенство на закона*“, в съвременната теория. Според възгледите на Лок всеки отделен човек е обект на закона, равнопоставен на останалите хора, по отношение на законите, доколкото той сам ги е приел...като е участвал в създаването им чрез делегирането на власт-пълномощия на избрани от народа представители. Върховенството на закона, в теорията му се изразява в това, че никой не може от своята позиция на власт или на особено обществено положение, да не спазва законите, като са позовава на наличието на изключение по отношение на него самия.

- Съществен принос за развитието на концепцията за „*Върховенството на закона*“ има *Монтескьо*, със създадения от него

⁵ *Habeas corpus* (от латински: „Да имаш тялото си“, подразбира се *ad subficiendum* - за да го представиш пред съд. Терминът е въведен и използван в средновековната система в Ангия, като означение на писмените заповеди (En: writ), съгласно които затворник може да бъде освободен при незаконно задържане или действия от страна на държавата.

⁶ *Джон Лок /John Locke/ (29.08.1632г.-28.10.1704г.)* е английски философ и лекар. Концепцията му за върховенството на закона е развита в „*Два трактата за управлението*“, издадени през 1689г.

принципа на разделението на властите, като гаранция за върховенство на закона. „Тогаво когато изпълнителната и законодателната власт са обединени в един човек...не може да съществува свобода...доколкото това обединение създава страх..., като това дава възможност на съответния монарх или сенат, да приемат и прилагат тиранични закони по тираничен метод”.....

- *Диси*⁷ пръв популяризира използването на термина „*Върховенство на закона*“ /“*Rule of Law*“/ в правната теория. В трудовете, той извежда три основни характеристики на понятието върховенството на закона:

а/. Абсолютно върховенство на закона като противоположност на властта, съсредоточена в една власт или човек;

б/. Равнопоставеност на всички класи в обществото спрямо закона, което се администрира и се прилага от съдилищата.

в/. Върховенството на Конституцията, която е еманация на правата на човека, в смисъл, че ги отразява в писан закон и гарантира, а правоприлагането се осъществява само от съдилищата.

- *Хайек*⁸ е първият теоретик, който дава определение на понятието, като приема, че: „Върховенството на закона означава, че всяко едно правителство, в действията си е ограничено от законите, определени и обнародвани преди това, което дава възможност да бъде направено сравнително точно предвиждане, по какъв начин при определени обстоятелства, ще се използва власт, за да може всеки един гражданин въз основа на това знание и гаранции да планира собствения си живот, базирано на тези очаквания“.

II. Източници на правото, удостоверяващи върховенството на закона като принцип.

- *Конституция на САЩ от 1787 година*

Чл. 6 . „ Конституцията е върховен закон и всички други закони следва да са подчинени на нея, като всички съдии, във всеки отделен щат, се съобразяват с нея, като я прилагат безусловно при противоречие на определен закон с конституцията”

⁷ Алберт Вен Дисси , /AV Dicey/ (04.02.1835 – 7.04.1922 г.), е британски юрист и конституционен теоретик, автор на „*Въведение в изучаването на Закона за Конституцията* (1885)“.

⁸ Фридрих Август фон Хайек /*Friedrich August von Hayek*/ (08.05.1899г.-23.03.1992г.) е австрийски икономист и политически философ, известен със своята защита на либералната демокрация и свободния пазар срещу разпространението на социализма и колективизма в средата на 20 век. Преподавател във Виенския университет. Лауреат на Нобеловата награда за икономика.

- *Френска декларация на хората и гражданите от 1789 година.*

В нея се съдържат гарантирани права на всеки отделен човек.

- *Американска харта на правата на човека /The American bill of rights/ - 1791 година.* В първите 10 допълнения към Конституцията на щатите, в които се определят границите и ограниченията на правата на правителството, като се прави диверсификация на правата на правителството, спрямо правата на гражданите и отделните щати.

- *Универсалната /Всеобща/ Декларация за правата на човека- 1948 година.*

Преамбюлът на декларацията посочва основанията и целите за приемането и.

В първия параграф се посочва, че признаването на човешкото достойнство на всички хора е в основата на справедливостта и мира в света. Във втория се напомня, че пренебрегването и неспазването на човешките права е довело до варварски действия, които са разгневили съвестта на човечеството, и че четирите свободи: свобода на словото, свобода на убеждение, свобода от бедност и свобода от страх, са „провъзгласени за най-висшите стремежи на хората“. В третия параграф е посочено, че за да не бъдат хората принуждавани да се бунтуват срещу тиранията, човешките права трябва да са защитени с върховенството на закона. Четвъртият параграф свързва човека с развитието на приятелските отношения между нациите. Петият параграф свързва Декларацията с Хартата на Обединените нации, с което се потвърждава вярата в основните права на човека, в достойнството и ценността на човека. В шестия параграф се казва, че всички членове на Организацията на обединените нации се задължават да постигнат всеобщо зачитане и спазване правата на човека и основните свободи, в сътрудничество с Организацията на обединените нации. В седмия параграф се напомня, че за пълното осъществяване на тези ангажименти, „от огромна важност е взаимното разбирателство“.

- *Основния закон на Федерална Република Германия /Конституция на Германия от 1949 година/.* В конституцията е записано, че правата на човека са неотменяеми, фундаментални и спазването на правата на човека и върховенство на закона са принципи -директно приложими.

- *Дефиниция на Върховенството на закона- съгласно Указания на Генералния секретар на ООН-2008, във връзка с изграждането на политиката на взаимопомощ по отношение на Върховенството на закона.*

За ООН принципът на върховенството на закона е принцип на управление, съгласно който всички хора, институции и образования,

публични или частни, както и самата държава, се подчиняват на закони, които са публично гласувани – приети, прилагани еднакво от независима власт, като са изцяло съобразени с международните стандарти за човешки права. Също така, това означава осъществяването на гаранционни механизми, за прилагане принципите на върховенство на закона, равнопоставеност пред закона, достъпност до закона, доверие в закона, справедливост на закона и на прилагането му, разделение на властите, възможност на гражданите за участие в процеса на вземане на решения, сигурност на правния мир, процедурна и правна прозрачност. Правосъдието е идеал за доверие и справедливост и спазване и гарантиране на права. Това се постига като едновременно действат както съществуващия апарат на правосъдието –съдебната система, така и неформални традиционни механизми. „

Въз основа на направения кратък исторически преглед в развитието на концепцията за върховенството на закона можем да заключим, че това е изведена от теорията въз основа на историческите предпоставки правна максима, установена към настоящия момент като универсален правен принцип, съгласно който, нито един човек не е по-високо от закона и никой не се ползва с имунитет спрямо закона. Обвързването на всички членове на обществото и създадените от него държава и държавни органи със закон, създава предвидимост и правна сигурност, в условията на които за индивида може реално да се гарантират основните и производните му човешки права.

III. Основни концепции в теорията за върховенството на закона.

Съществуват две основни концепции или правни течения за начина на постигането и прилагането на принципа за върховенството на закона в съвременната държава.

Едната концепция в теорията се означава като „*формална*“ и се базира на разбирането, че самия закон или законодателната рамка следва да съдържа такива процедурни правила, които гарантират върховенството на закона. Основополагащ при формалната концепция е принципът на законността и предвидимостта в правния ред.

Другата концепция е „*материална*“, съгласно която всяко едно право, елемент на върховенството на закона, следва да бъде изрично възпроизведено в писан закон, а основните права в конституцията на съответната държава, като именно упражняването и реализацията на основните права, е смисъл и цел на организацията на държавата, при

наличието на които се постига върховенството на закона⁹.

а/. Елементи на материалната концепция са:

1. Писани закони;
2. Формална легитимност- т.е. Конституцията изисква законите да се приемат от парламент, избран от народа.
3. Демократичност и легитимност- т.е. народът да има право да участва в избори- по този начин във вземането на решения.
4. Гаранция за правата на човека на всеки гражданин- право на глас, забрана за наказателно преследване извън закона, право да иска и да получи правосъдие.
5. Достъп до правосъдие и гаранции за справедливост- в случая, се има предвид не само спазването на процедурите, а преследването и постигането на крайния резултат-справедливост.
6. Социални и икономически права-тяхното гарантиране и осъществяване дава възможност за осъществяването на другите права.

Прилагането в чист вид на материалната концепция създава възможности за възникване на ситуации, при които са нормативно уредени и гарантирани в писани закони всички права, но реално не са прилагани.

б/. Същност на формалната концепция:

Формалната концепция се базира на изискването за въвеждане на процедурни механизми и процесуални правила, които постигат яснота в съдържанието на правата на човека и гарантират постигането на върховенството на закона. Тя е характерна за държавите с неписани конституции, където се приема, че основните права и свободи на гражданите са общоизвестни и държавата, следва нормативно да уреди тяхното гарантиране.

Концепцията формулира правилото, че върховенството на закона представлява степен на осъществяване на материалните права на човека, гарантирани от законите. Така математически, наличието на пълно върховенство на закона би се изразило при следната формула:

$$\text{Наличие на върховенство на закона} = 1+2+3+4+5+6 \\ \text{/от елементите на материалната концепция/}$$

Освен това е възможно и степенуване на постиженията като се ескалира от 1 до 6- като съвкупност или сбор. Постигането на справедливост в обществото и относително висока степен на реализиране

⁹ Друмев Е., „Конституционно право“, С: „Сиела Норма“ АД, 2018, стр. 132-133.

на икономическите и социални права / т.5 и 6/ са най-трудно постижими за съвременния свят, макар и гарантирани от правото.

Повечето държави в Европа /не само държавите-членки на Европейския съюз/, покриват критериите от. 1 до 4.

*Ако изведем една обща съвременна дефиниция, въз основа на направения анализ, то може да се заключи, че „**Върховенството на закона е**“:*

- Постоянно състояние, при което всички хора, институции, юридически лица и образувания в обществото и държавата, са подчинени на закони, които са публично приети, еднакво прилагани и контролирани от независима съдебна система, при което практически се гарантират и достигат международните стандарти за права на човека. Върховенството на закона, независимо от икономическите, социални и политически процеси, създава предвидимост и сигурност за конкретния човек, че, при настъпването или липсата на конкретни факти и обстоятелства, ще бъде постигната справедливост.

*От значение за разбирането на правната максима, изведена в настоящото изложение е, да бъде направено разграничение и да бъде изведена и концепцията: „**Какво Върховенството на закона“ не е:***

Посочено бе, че върховенството на закона е състояние на обществото, при което наличието и спазването на принципа, в условията на баланс, между формалистичното и материалното разбиране на механизма за постигане на върховенство на закона, се гарантира съществуването на правовата, социална и демократична държава, в която цел и благо е реализирането на човешките права.

Въз основа на това, следва, че принципът и приложението му, по никакъв начин не се отнася и не е валидно само за определена система на държавността или държавната власт, разделена по функционален признак. Върховенството на закона не е правна максима, относима само до законодателната, изпълнителната или съдебната власт. Неин адресат не са конкретно съдебната система, прокуратурата или полицията на една държава.

„*Върховенството на закона*“ не е част от държавното управление, а самият **принцип на държавно управление**, като съвкупност от трите власти- законодателна изпълнителна и съдебна. В този механизъм и процес, освен контрола на ниво държава и създадените за тази цел международни организации, особено по важност място заемат и самите граждани, които следва да формират гражданско общество, което гарантира спазването на принципа. Гаранциите, създавани и прилагани от гражданското общество се изразяват в недопускането на възможността за

нарушаването на върховенството на закона. Това се постига чрез активно гражданско поведение в правовата държава – чрез фактическия контрол на народа, въз основа на създадените правни механизми: гласуване при избори, активно участие в икономически, социален и политически живот в обществото, създаване и активност на неправителствени организации, поддържане на висока степен на лична образованост и информираност на индивида, който като завършена личност, участва в изграждането и поддържането на равновесието в обществото.

Заключение.

Понятието „*Върховенство на закона*“ има своите корени в древността и търпи постоянно развитие. В този смисъл това е динамичен принцип, който е обусловен до голяма степен от културните, икономически и социални характеристики на историческата епоха, в която се развива и прилага. За да се разбере и прилага в съществуването и функционирането на съвременна правова държава, е необходимо познаването на неговата същност и основни елементи, като се държи сметка за това, че само формалното нормативно установяване на принципа не е достатъчно, за постигането на върховенство на закона. И най-добрият установен в теорията и закона принцип няма смисъл ако не се прилага или се прилага по начин, който не дава позитивни резултати в живота на конкретния индивид или член на обществото. „*Върховенството на закона*“, представлява изведена от теорията и практиката, правна максима, установена на конституционно ниво, /за повечето съвременни държави/ и съдържа в съвкупността си формалните и материални елементи, на принципа на държавно управление, които гарантират в максимална степен реалното осъществяване на човешките права на гражданите.

Функционирането на правовата държава, базирана на върховенството на закона, е процес, а не статична величина. В процеса на утвърждаването и постигането на върховенството на закона, като правна максима, участват всички членове на обществото /народа/ и всички държавни власти, които от една страна формират държавата, като едновременно са създател, изпълнител и адресат на този принцип, доколкото на върховенството на закона, са подчинени всички.

Dimitrina Marinova Petrova
Judge in Administrative Court Sofia Republic of Bulgaria
sevridimi@mail.bg

SUBSTANCE OF THE RULE OF LAW

Abstract: The Report contains a brief historical review on how the rule of law occurred and developed as a legal maxim. It points out the basic elements and characteristics of the legal principle, which mark the present state as one of the rule of law.

Key words: rule of law; legal maxim; predictability; legal certainty; equality; separation of powers; human rights; justness.

Проф. д-р Тони Ѓоргиев*
М-р Љубомир Томановски**

ПОЛИТИЧКО КРЕИРАЊЕ НА ЗАКОНОДАВСТВОТО

UDC: 32:340.134
Short communications

***Апстракт:** Основните принципи за донесување на законите како и правото на законодавна иницијатива за креирање на дневна политика стана практика, без запазување на столбовите на државата, карактеристика која се разликуваат различните законодавни постапки коишто се применуваат во рамки на столбовите. Често поставувани прашања кој има право на законодавна иницијатива и кој се овластува за составување на регулативи, по чиј предлог-налог треба-мора тие да се донесат е отворено прашање. Како индиректен катализатор за иницирање на законодавството подолго време се појавува политиката, наместо парламентот кој треба да биде катализатор на законодавниот процес. Следњето на извештаите на парламентот каде секојдневно се врши сериозен политички притисок како од надвор така и од внатре се заборава основната цел градење на институциите на системот кои треба да служат на граѓаните.*

***Клучни зборови:** политика, законодавство, право.*

Вовед

Донесување на закони кои ќе служат на политичарите, а не на народот кој во основа се далеку од вистината на вистинското живеење, стана секојдневие како во Република Македонија така и во поголемиот дел од Балканот. Политиката стана не само креатор на секојдневното живеење и работа туку отиде и подалеку, мешање во чувството на луѓето.

* Вонреден професор, Воена академија „Ген. Михаило Апостолски“ Скопје

** Воена академија „Ген. Михаило Апостолски“ Скопје

Како прво Република Македонија стана жртва на серија повреди на меѓународното право (норми од *ius cogens* карактер), како што е принципот на самоопределување на народите¹, принцип на суверена еднаквост помеѓу државите и принцип на забрана за мешање во внатрешните работи на државите. Втора политичка креација на референдумско изјаснување, молчењето на МАНУ (македонската академија на науките и уметностите), исплашен Уставен суд итн, многу прашања кои и самите креатори неможат да ги одговорат за на крај да се потврди за позитивно сето тоа што е неуставно и не законски.

Понатаму ќе се каже збор два за столбовите на Европската заедница и начинот на креирање на законодавството и тоа: столбот на заедницата – иницирање на законодавството, столбот на заедницата законодавни постапки, столбот на заедницата – делегирање на законодавната моќ и др. Ќе се навратиме на постоењето на широка дебата за демократијата и легитимитетот во рамките на Европската унија. Преку компаративно споредување да се приближиме или одалечиме од начинот како се креира законодавството за кои цели и на кого треба да служи. Резултатите ќе можат да се видат подоцна кога политичари ќе станат бизнисмени, а бизнисмени ќе станат политичари. Дали тогаш ќе излезе вистинската слика за креирање на законодавството ќе покаже времето.

Законодавен процес во Македонија

Донесувањето на законите е регулирано во Уставот и Деловниците на претставничкиот дом, каде има точно пропишана процедура. Процедура во претставничките тела според определени автори е изразена до перфекција во едно од делата на Бентам, каде тој ја означува јавноста како фундаментален основ за задоволување на процедурите како и јавност внатрешна и надворешна. Тој зборува и за процедурата во претставничките тела неопходноста од присуство на членовите на парламентот, како и за нивна апсолутна еднаквост. Исто така за апсолутната непристрасност на претседателот на парламентот, стриктниот и логички редослед на фазите, слобода на говорот, опструција и др.

Постапката за донесување на законите во Македонија е сложен и поминува низ неколку фази и тоа: Иницијатива за донесување на законите каде секој граѓанин може да даде иницијатива, група граѓани, институции и здруженија.

¹ Принцип на самоопределување на народите, право на самоопределување на народите и право на себеидентификација.

Како овластени предлагачи на закон се: секој пратеник, Владата и најмалку 10,000 (десет илјади) избирачи. Постапката за донесување започнува со предлог на закон, прво читање, второ читање, трето читање, а потоа Претседателот на Собранието веднаш по донесување на законот го доставува до Претседателот на Републиката заради потпишување на указот за прогласување на законот. По исклучок законите се носат и по итна постапка кога е неопходно за спречување и отстранување на поголеми нарушувања во стопанството или ги бара интересите на безбедноста и одбраната, скратена постапка за донесување на закон кога не е во прашање сложен и обемен закон.²

Законодавен процес во Обединетото Кралство

Парламентот во Обединетото Кралство е дводомен и е составен од Дом на комуни и Дом на лордови. Од самата поделба на Парламентот на два дома усвоено е правилото за прифаќање на еден законски предлог потребна е согласност од двата дома. По добивање на согласноста од двата дома предлогот се доставува на потпис кај монархот за да стане закон, еден закон да биде поднесен на потпис кај монархот мора да помине три читања. Монарховата обврска да ги потпише законите усвоени во парламентот е една од основните уставни конвенции.

Законодавен процес во САД

Во Соединетите Американски Држави (САД), основни акти кои ги донесува Конгресот се законите, со иницијатива за донесување на законите располагаат исклучиво членовите на Конгресот. Оваа начело е во склад со поделба на власта, секој законски предлог поминува низ три читања во домовите. Конгресот на САД се состои од два дома, законите мора да поминат низ двата дома пред да ги потпише Претседателот. Интересно и исклучива пракса е кога се предлагат законите се врши силно лобирање за истите каде се останувало и до доцна во ноќите низ ходниците на конгресот.

Законодавството и креирање на политиката во ЕУ

Битен и многу сложен процес во донесување на законите е процесот со кој Заедницата ги донесува законите и како се врши креирањето на

² Види повеќе во книгата Уставно право и политички систем од проф. Саво Климовски, проф. Рената Дескоска и проф. Тања Каракамишева Јовановска

истите затоа ќе направиме кус преглед на законодавниот процес што важи за вториот и третиот столб.

Најпрвин ќе ги наброиме столбовите на заедницата, а потоа и начинот на функционирање за на крај да можеме одблизу да видиме дали политиката има огромно влијание при спроведување на истите. Столбови на Заедницата се: Иницирање на законодавството, Законодавни постапки, Делегирање на законодавната моќ, Услови за гласање на советот, Донесување одлуки според вториот и третиот столб и Реалност на донесување на одлуките. Така во принцип изгледа патот на креирање на законодавството каде се навлегува во детална анализа и пристап за на крај да се види и финансиската оправданост, а со самото тоа и политичката креација на законодавството.

Мора да се земе во предвид и Договорот за воспоставување на Европскиот Устав кој беше потпишан во 2004 година, но процесот на неговата ратификација беше запрен поради неуспехот од Францускиот и Данскиот референдум во 2005 година.³

ЗАКЛУЧОК

Проблемот на политиката како вештина на владеење може да го разбере законот како пречка на патот кон реализација на одредени политички цели. Во овој случај има две основни предлог решенија, или политиката ќе преовладува над законот или законот ќе преовладее над политиката.

Во првиот случај би имале кога политиката доминира над владеење на правото, а со тоа и неспроведување на законитоста и импементација на законите, на пример: кога законодавниот дом донесе закони кои ќе служат на политиката на сметка на народот тогаш имаме исправна политика но погрешно право. Во вториот случај донесување на законите но не се постапува согласно истите или усогласена меѓународна легислатива но, политиката непретендира на спроведување туку се држи на линија на заобиколување.

Судската опсерваторија на политиката и донесувањето на политички, а не правни одлуки, каде се претвори судството во театар а судиите во клонови е недозовливо.

³ Види повеќе во книгата Право на ЕУ- текстови случаеви и материјали Пол Крег кој е професор по англиско право на Колеџот Св.Џон Оксфорд и Грејн де Бурка кој е професор по право, Правен факултет при Универзитетот Фордам.

Законот и политиката создаат свои посебни слики на реалноста, ништо од овие слики не кореспондира на реалноста како таква, што е неразделно единство над нашето човечко сваќање. Сепак и законот и политиката се од најголема важност за нашиот општествен живот. Понекогаш тие се преклопуваат, а понекогаш се разликуваат, повеќе или помалку но несмеат да бидат во војна туку во една синхронизирана паралела.

Сепак постои нешто што законите, никогаш не треба да вклучи во својата сфера диференцијата на опоненти според политичките критериуми, што доведува до строга поделба помеѓу „наши“ и „ваши“, или во најрадикален израз до строга поделба помеѓу пријател и непријател. Сведоци сме на едно лудо време на предавници и предадени, на борци за права и поробувачи, но до кога така.

Идеалот за правдата, често претставена како статуата на жена со врзани очи и со вага во раката, секогаш мора да остане основен водечки принцип, а особено на судството борбата за правда секогаш имало и ќе има но живеење во безправно општество е уште поголема неправда отколку индивидуалната неправда. Убиството на креативноста ентузијазмот за еден човек е еднакво на живот без цел. Да се зборува за демократија значи да се применува демократијата, да се зборува за лични слободи и права значи да си слободен и да ги уживате тие права, да се зборува за политички слободи и права значи да си рамноправен и еднаков да мислиш и говориш слободно значи слободно да го изразиш своето избирачко право, право на претставка и поплака без затоа да сносиш последици итн.

Toni Gjorgiev,
Military Academy “Gen. Mihailo Apostolski” Skopje
tonigjorgiev@yahoo.co.uk

POLITICAL CREATION OF THE LEGISLATURE

Abstract: *The fundamental principles for bringing laws as well as the right of legislative initiative for creating daily politics became practice without preserving the state’s pillars, which are the very characteristic after which one can differentiate various legislative acts that are being renamed in the realms of the pillars. The frequently asked questions for who has the right on legislative initiative and who is authorized for establishing regulations, which proposal – injunction should-has to be followed in bringing them is an open question. As an indirect catalyst for initiating legislature for a longer period of time, politics takes the role instead of the parliament which is supposed to be the enforcement tool in the legislative process. Following the reports of the parliament where a serious political pressure is imposed on a daily basis, inside and outside respectively, the primal goal for building the institutions in the system which should be on the citizens’ service has been forgotten.*

Key words: *politics, legislature, law.*

*Dr Darko Dimovski**
*Milan Jovanović***

ROMI KAO ŽRTVE POVREDE ČLANA 2 EVROPSKE KONVENCIJE O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

UDC: 342.721(:214.58):341.645.5(44)(094.8)
Original Research Paper

Apstrakt: *Predmet analize autora je kršenje prava na život, garantovanog članom 2 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: „Konvencija“), u praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: „Sud“), u predmetima u kojima se kao žrtve javljaju lica romske nacionalnosti ili romskog porekla. Značaj analize postupanja država protivno članu 2 Konvencije ogleda se u činjenici da je pravo na život jedno od najvažnijih prava predviđenog Konvencijom, od koga bilo kakvo odstupanje nije dopušteno, saglasno članu 15 stav 2 Konvencije. Predmet analize autora jesu modaliteti kršenja ovog prava, koje se javlja kao neposredno preduzimanje radnji suprotnih članu 2 Konvencije od strane državnih organa (povreda negativne obaveze), propuštanje preduzimanja adekvatnih radnji i mera u cilju zaštite pojedinaca od kršenja prava iz člana 2 Konvencije od strane trećih lica (povreda pozitivne obaveze države), kao i propust države da sprovede efikasnu i temeljnu istragu povodom smrti nekog lica (povreda proceduralne obaveze).*

Ključne reči: *Romi, Evropski sud za ljudska prava, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, pravo na život*

Romi kao žrtve povrede člana 2 Konvencije

Pravo na život, garantovano članom 2 Konvencije, smatra se osnovnim ljudskim pravom, od koga nisu dopuštena ikakva odstupanja u doba rata ili druge javne opasnosti koja prethodi opstanku nacije, osim u pogledu smrti

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

** Praktikant, Trgovački sud u Nišu

prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima, u skladu s članom 15 stav 2 Konvencije. Član 2 Konvencije garantuje da niko ne može biti namerno lišen života, osim prilikom izvršenja presude suda kojom je osuđen za krivično delo za koje je ova kazna predviđena zakonom. Lišenje života se ne smatra protivnim ovom članu ako proistekne iz upotrebe sile koja je apsolutno nužna radi odbrane nekog lica od nezakonitog nasilja, da bi se izvršilo zakonito hapšenje ili sprečilo bekstvo lica zakonito lišenog slobode ili prilikom zakonitih mera koje se preduzimaju s ciljem suzbijanja nereda ili pobune. Kako je istaknuto u presudi *Çakici v. Turkey* iz 1999. godine pravo na život, zajedno sa zabranom mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, predstavlja jednu od osnovnih vrednosti demokratskih društava u okviru Saveta Evrope.¹

Dužnost države u vezi zaštite prava na život sastoji se od tri aspekta: 1) dužnosti da se njeni službenici uzdrže od nezakotnog oduzimanja života (negativna obaveza), 2) dužnosti da se sprovede efikasna i temeljna istraga povodom smrti nekog lica (proceduralna obaveza) i 3) dužnosti da preduzima mere i korake za zaštitu i sprečavanje gubitka života od strane trećih lica (pozitivna obaveza). U nastavku analize povrede člana 2 Konvencije biće navedeni slučajevi za svaku od obaveza države pri čemu se kao žrtve povrede prava iz člana 2 javljaju pripadnici romske populacije.

U presudi *Velikova v. Bulgaria*² podnositeljka predstavke je inicirala postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava zbog smrti svog vanbračnog partnera Slavče Cončeva (Slavtcho Tsonchev), nakon dvanaestočasovnog pritvora zbog osnovane sumnje da je izvršio krađu stoke. Policija u gradu Plevenu (Pleven) je 24. septembra 1994. godine primila telefonski poziv iz sela Bukovlaka (Bukovlak) da je neko ukrao devet krava, zbog čega je policija lišila slobode Cončeva, koji je tom prilikom bio u alkoholisanom stanju. Prilikom lišenja slobode, policijski službenici su smestili osumnjičenog na zadnje sedište policijskog automobila, između dva vlasnika ukradene stoke, nakon čega su službenici odvezli auto do kuće vlasnika stoke, gde se okupilo dvadesetak ljudi koji su želeli da pretuku Cončeva, što su policajci, prema sopstvenim izjavama, sprečili, nakon čega je i priveden u policijsku stanicu. Tokom boravka u pritvorskoj jedinici Cončev je počeo da povraća. Policijski službenik mu je dozvolio da poseti toalet. Prilikom povratka iz toaleta, Cončev se srušio mrtav. Autopsija je pokazala da je Cončev umro od posledica gubitka krvi koji je rezultat velikih i dubokih hematoma na gornjim ekstremitetima. Predstavnik bugarske Vlade je pred Sudom tvrdio da su povrede nastale pre trenutka hapšenja, ali je Sud odbio ovakvu argumentaciju. Drugim rečima, smrt Cončeva nastupila je kao posledica namernog prebijanja. Sud je, takođe,

¹ Çakici v. Turkey, Application no. 23657/94, § 86.

² Velikova v. Bulgaria, Application, no. 41488/98.

zaključio da ne postoje dokazi da je gospodin Cončev pregledan s pažnjom koja se mogla očekivati od medicinskog profesionalca dok je bio u pritvoru, uprkos znakovima ozbiljnih povreda. Shodno navedenom, sud je utvrdio da je tužena država povredila član 2 Konvencije used smrti gospodina Cončeva, kao i da je povređena proceduralna obaveza sprovođenja delotvorne istrage povodom njegove smrti.

Sličan razvoj događaja desio se i u slučaju *Anguelova v. Bulgaria*.³ Naime, upomenutom predmetu, sin aplikantkinje, petnaestogodišnjak Angel Zabčekov (Anguel Zabčekov), romskog porekla, umro je tokom lišenja slobode zbog sumnje da je izvršio krivično delo krađe u pokušaju. Oko ponoći 29. januara 1996. godine, dvojica policijskih službenika su obavestena od strane stanara obližnje zgrade da lice romskog porekla radi nešto sumnjivo oko njihovih automobila, nakon čega ga je jedan od policajaca pojurio, nakon što je ovaj pokušao da pobegne. U toku potere, gospodin Zabčekov je pao na travnjak, nakon čega je sam ustao. Odmah nakon toga, lišen je slobode od strane jednog od policajaca. Ubrzo su na lice mesta došla još četiri policijska službenika u dva policijska vozila, od kojih je jedan od njih prepoznao sina aplikantkinje, kao osumnjičenog u istragama povodom drugih krađa, i istog oslovio po imenu. Nakon toga, Zabčekov je sproveden u policijsku stanicu. Policijski službenici su kasnije izjavili da je osumnjičeni bio previše pijan da bi bio saslušan, te su ga sprovedli do hodnika, kako bi tamo odspavao, nakon čega je trebalo obaviti saslušanje. Međutim, iako je rečeno da je spavao u stolici, drugo policijski službenici koji su prolazili hodnikom sud ga pronašli kako leži na podu, u lošem stanju, te je vraćen u prvobitnu kancelariju, gde je bilo toplije. Kako se njegovo zdravstveno stanje nije popravilo, policijski službenici su kontaktirali pedijatra koji je pregledao Zabčekova, koji je utvrdio da je njegov puls nizak i da bi trebalo da bude hospitalizovan. Odmah nakon dolaska u bolnicu, nadležni internista je konstatovao smrt, uz naknadnu izjavu da Zabčekov nije disao kada je primljen u bolnicu.

Objašnjenje bugarske Vlade, da je uzrok smrti u vidu nanošenja frakture lobanje naneta pre hapšenja nije prihvaćena od strane Suda, jer su nalazi sa autopsije pokazali da je povreda nastala nakon lišenja slobode. Shodno tome, Sud je utvrdio da je došlo do povrede negativne obaveze iz člana 2 Konvencije, jer Bugarska nije dala prihvatljivo rešenje za uzrok nastanka povreda koje su dovele do smrti Zabčekova. Ovo takođe i iz razloga što Zabčekov nije evidentiran kao privedeno lice te noći, već je ovaj registar naknadno menjan, i to tako što je Zabčekov zaveden kao „nepoznato lice“, iako je policijskim službenicima bio dobro poznat njegov identitet. Štaviše, Sud je utvrdio i da ponašanje policajaca kritične noći i njihovo odsustvo

³ *Anguelova v. Bulgaria*, Application no. 38361/97.

reakcije na loše zdravstveno stanje sina podnositeljke predstavke nije u skladu s obavezom države da zaštiti živote lica lišenih slobode, te je Sud utvrdio i povredu pozitivne obaveze države. Na kraju, usled propusta bugarske Vlade da sprovede efikasnu, nepristrasnu i temeljnu istragu, Sud je utvrdio i da je, u konkretnom slučaju, povređen i proceduralni aspekt člana 2 Konvencije.

Negativna obaveza iz člana 2 Konvencije je povređena i u slučaju *Nachova and others v. Bulgaria*.⁴ Sud je našao da je došlo do povrede negativne obaveze iz člana 2 Konvencije, jer su snage vojne policije dana 19. jula 1996. godine lišile života gospodina Angelova (Angelov) i gospodina Petkova (Petkov), prilikom pokušaja njihovog hapšenja. Njih dvojica, inače Romi po nacionalnosti, su bili članovi vojne jedinice koja je bila nadležna za izgradnju zgrada. Zbog neopravdanog odsustva bili su uhapšeni i osuđeni na zatvorske kazne, ali su ubrzo uspeli da pobegnu. Vojna policija je ubrzo poslata da ih liši slobode. Ipak, prilikom hapšenja vojna policija je otvorila vatru na njih, kojom prilikom ih je ubila.

Sud je naglasio da član 2 ne štiti ljudski život samo od namernog lišavanja, već da obuhvata i situacije u kojim je dozvoljena upotreba sile koja može rezultirati lišenjem života nekog lica. Takođe, naglašeno je da Sud, prilikom ispitivanja navodne povrede člana 2 Konvencije, mora uzeti u obzir ne samo postupke državnih organa, već i sve okolnosti slučaja. Upotreba sile mora biti apsolutno neophodna za postizanje jednog ili više ciljeva propisanih u članu 2 Konvencije. Posebno je neophodno ispitati da li su operacije vlasti bile planirane i kontrolisane kako bi se na najmanju moguću meru svela mogućnost upotrebe smrtonosne sile. Vlasti moraju preduzeti adekvatnu brigu kako bi se osiguralo da je svaki rizik po život sveden na minimum. Sud takođe mora ispitati da li su vlasti bili nemarne u izboru svojih postupaka.

Pritom, Sud je naročito naglasio da su odredbe domaćeg zakonodavstva dozvoljavale upotrebu smrtonosne sile prilikom lišenja slobode pripadnika oružanih snaga, čak i ukoliko se to lice lišava slobode zbog najbagatelnijih prestupa. Pored toga što relevantni propisi nisu bili objavljeni i javno dostupni, isti nisu predvideli zaštitne mehanizme kojim bi se sprečilo arbitrarno lišenje života nekog lica.

Ocenjujući sve napred navedene okolnosti slučaja, Sud je utvrdio povredu negativne obaveze iz člana 2 Konvencije, jer žrtve povrede nisu bile naoružane, vojni policajci su prethodno znali žrtve povrede, te nije bilo njihovog uverenja da su žrtve opasne, kao i to da žrtve u trenutku hapšenja nisu bile agresivne ili naoružane. Ujedno, primena kriterijuma u vezi planiranja i kontrolisanja akcije preduzete od strane države pokazuje da je država imala takvo normativno rešenje da je upotreba sile zavisila od procene vojne policije,

⁴ *Nachova and others v. Bulgaria*, Applications nos. 43577/98 and 43579/98.

pri čemu nije uzeta u obzir priroda izvršenog krivičnog dela od strane begunca, kao i njegovo ponašanje tokom bekstva.

Sud je naročito istakao i svoj ranije zauzet stav u predmetu *McKerr v. the United Kingdom*⁵ da je brz i efektivan odgovor državnih vlasti u istraživanju upotrebe smrtonosne sile od presudnog značaja za održavanje poverenja javnosti u njihovo poštovanje vladavine prava i za sprečavanje bilo kakvog izgleda umešanosti ili tolerisanja nezakonitih radnji. Imajući u vidu da se istraga bavila isključivo legalnošću ponašanja državnih službenika u svetlu napred navedenih odredbi koje ne poznaju ograničenja u pogledu lišenja života pripadnika oružanih snaga, dok s druge strane nije nije ispitivala okolnost zbog čega je poslat tim teško naoružanih lica u poteri za oštećenima koji su bili nenaoružani i nisu predstavljali opasnost po druge, Sud je utvrdio da je istraga u konkretnom slučaju bila nedelotvorna, te da je prekršena i proceduralna obaveza iz člana 2 Konvencije.

U slučaju *Ciorcan and others v. Romania*⁶ Sud je odlučivao o povredama prava iz Konvencije tridesetsedmoro rumunskih državljanina romskog porekla iz naselja Apalina (Apalina) u rumunskom gradu Regina (Reghina). Aplikant Augustin Biga (Augustin Biga) i njegov prijatelj pod inicijalima C.A. su dana 7. septembra 2006. godine oko 14:30h imali svađu u baru sa policajcem R.O. koji je radio za policiju u okrugu Mures (Mures). Policajac je podneo krivičnu prijavu protiv njih dvojice zbog bezobzirnog ponašanja. Na osnovu krivične prijave, šef policije okruga Mures je telefonskim pozivom naredio nekolicini policajaca da odu u naselje u kojem su živeli Augustin Biga i njegov prijatelj kako bi ih doveli na saslušanje kod tužioca. U toku telefonskog razgovora šef policije je napomenuo da je u Apalinu teško doći zbog nekoliko stotina ljudi koji blokiraju put, a pri tome su naoružani palicama, vilama, sekirama i kosama. Isto tako, šef policije je zatražio asistenciju specijalnih policijskih snaga. Prema nalogu specijalnih policijskih snaga od 7. septembra 2006. godine, razlog za zahtev ovakve asistencije je bio zaštita policajaca koji vode istragu zbog uvredljivog ponašanja prema policajcu R.O. Odmah nakon toga, sedam pripadnika specijalnih snaga, zajedno sa dva lokalna policijska službenika iz Regine i četiri policajca iz civilnog odeljenja okruga Mures, otišli su u Apalinu. Dolaskom policijskih vozila u Apalinu aplikantki i ostali stanovnici ovog kraja, uglavnom žene i deca, počeli su da se okupljaju na ulici iz radoznalosti. Radi rasterivanja okupljenih ljudi, pripadnici specijalnih snaga su bacali nekoliko suzavaca, što je izazvalo paniku. U to vreme, policijski službenici su počeli da pucaju na okupljene, dok su vozilima napuštali mesto. Više od dvadeset pet Roma je navodno povređeno ili ubijeno. Nekim od njih

⁵ *McKerr v. the United Kingdom*, application no. 28883/95, § 114.

⁶ *Ciorcan and others v. Romania*, Applications nos. 29414/09 and 44841/09.

su izdati lekarski sertifikati koji potvrđuju njihove povrede.

Aplikanti su, u svom obraćanju Sudu, naveli da su predrasude i neprijateljski stav prema osobama romskog porekla odigrali odlučujuću ulogu u događajima od 7. septembra 2006. godine. Oni su naveli i da je policijska operacija, koja uključuje intervenciju pripadnika specijalnih snaga, kao i njihovu naknadnu nepotrebnu i prekomernu upotrebu vatrenog oružja, rezultat toga da je ova akcija bila upravljena upravo prema osobama romske nacionalnosti. Takođe, vlasti nisu imale bilo kakav razlog da sumnjaju da su stanovnici Apaline bili nasilni ili nosili vatreno oružje, te je stoga intervencija pripadnika specijalnih snaga bila nepotrebna. Naime, dolazak sedam pripadnika specijalnih jedinica i šest pripadnika obične policije u Apalin zarad uručivanja poziva osumnjičenjima, koji je mogao biti dostavljen i poštom, predstavlja preteranu mere karakterističnu za postojanje rasističkih stavova policije prema Romima. Podnosioci predstavke su tvrdili da domaće vlasti nisu uspele da pokažu da se takve operacije obično planiraju u sličnim situacijama koje se odnose na neromske osobe. Dalje su naglasili da iako postoje sumnje u rasističke motive, domaće vlasti su to propustile da istraže.

Sud je tom prilikom podsetio da su specijalne snage zadužene da pruže pomoć i podršku redovnoj policiji u situacijama koje uključuju otmice, situacije sa taocima, i druge slučajeve koje uključuju izvršioce opasnih krivičnih dela ili lica sa vatrenim oružjem. Međutim, u konkretnom slučaju nije postojalo opravdanje za neposrednu opasnost koja bi opravdala operaciju koju je naredio šef specijalnih snaga, na zahtev šefa policije okruga Mureš, koji je tom prilikom tvrdio da je okupljen veći broj ljudi, naoružan palicama, vilama i sekirama. Ovu informaciju su demantovali svi svi saslušani pripadnici specijalnih snaga, istakavši da su se meštani počeli okupljati tek po njihovom dolasku, a ne ranije. Sud je primetio i to da je prilikom provere ranijeg vladanja oštećenih utvrđeno da niko od njih nije ranije osuđivan za neko ozbiljnije krivično delo.

U svetlu napred navedenih činjenica, Sud je istakao da nije pruženo razumno objašnjenje koje bi opravdalo angažovanje specijalnih snaga i njihovu intervenciju kritičnom prilikom. Štaviše, Sud je cenio i mogućnost da su policijski službenici iznenađeni zbog okupljenih i njihovog broja, ali istu mogućnost je isključio, s obzirom da iz dostupnog dokaznog materijala proizilazi da su domaće vlasti i te kako dobro znale da je u romskim naseljima uobičajeno da se ljudi okupljaju na ulici usled radoznalosti povodom nekog događaja, naročito u slučaju dolaska nekoliko policijskih vozila sa specijalnim snagama koji nose maske, što nije uobičajen događaj u tako malom mestu. Kako nijedan argument u prilog urgentnosti situacije nije iznet, Sud nije mogao naći opravdanje za odsustvo adekvatne pripreme planirane akcije zbog

nedostatka vremena.

Na kraju, Sud je napomenuo da čak i ukoliko bi se uzelo da su sedmorica pripadnika specijalnih snaga, koji su bili opremljeni zaštitnim odelom, štitom, suzavcem, granatama i pištoljem, zaista bili prinuđeni dareaguju usled napada okupljenih, nije s dovoljnom sigurnošću ukazano da bi taj napad bio toliko ekstremno nasilan da bi opravdao nasumično pucanje u okupljene pravom municijom, ugrožavajući na taj način i život preminule rođake aplikanata. Ovo naročito zato jer ona nije bila naoružana, niti je napala ijednog policajca kada su isti otvorili vatru, koju okolnost ni tužena država nije sporila tokom postupka. Na osnovu svega napred navedenog, Sud je utvrdio da je opisanim postupanjem policijskih službenika povređena negativna obaveza iz člana 2 Konvencije.

Takođe, iako je Sud prihvatio da je krivična istraga promptno inicirana od strane javnog tužioca, u kojoj su saslušani svi prisutni policajci i tridesetdevetorožrtava, i u kojoj su izvršena laboratorijska ispitivanja i izvršen uvid u relevantnu medicinsku dokumentaciju, Sud nije mogao da ne primeti da je istraga obilovala propustima u njenom rukovođenju. Naime, Sud je naročito cenio okolnost da istraga nije utvrdila koji policajci su pucali, a naročito koji policajac je pucao u gospođu Ćorkan, i to sve usled „flagrantno kontradiktornih izjava“ pripadnika specijalnih snaga, koje nisu ni analizirane od strane javnog tužioca, već je samo prihvaćen iskaz samo jednog policajca C.I, koji je sam priznao u svom iskazu da je pucao.⁷ Sud je, na kraju, naročito istakao da ne može da zapostavi okolnost da se istraga nije uopšte bavila da li je samo prisustvo specijalnih snaga u skladu sa zakonom, niti da li je bilo koja mera bila ranije preduzeta ili isplanirana kako bi se adekvatno reagovalo na poznat specifičan stav i ponašanje meštana prema policiji. Zbog svega navedenog, Sud je utvrdio da se ovakva istraga ne može smatrati „temeljnomo“ u smislu dosadašnje prakse Suda, usled čega je utvrđeno da je povređen i proceduralni aspekt prava na život iz člana 2 Konvencije.

Još jedan interesantan slučaj vredan pomena je *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*.⁸ U ovom slučaju se radilo o Romu po imenu Valentin Kampeanu (Valentin Câmpeanu) kojem je dijagnostifikovan HIV virus, pri čemu je on i mentalno zaostalo lice, sa koeficijentom inteligencije 30. Kampeanu je smešten u centar za decu sa invaliditetom. Nakon navršениh 18 godina, Kampeanu nije mogao dalje da ostane u pomenutoj ustanovi, s obzirom da je ista namenjena maloletnicima. U narednim dvema godinama Kampeanu je seljen iz jedne ustanove u drugu,

⁷ Ibid. § 123.

⁸ Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, Application no. 47848/08.

uz tvrdnju uprava različitih ustanova da nisu dovoljno opremljene da ga prime. Nakon više transfera, Kampeanu je smešten u Neuropsihijatrijsku ustanovu, u kojoj je boravio u izolaciji, u hladnoj i zaključanoj sobi, u kojoj se nalazio samo jedan krevet, bez ikakve posteljine, dok je on bio obučen samo u pidžamu. U to vreme, nije mogao da jede ili čak koristi toalet bez asistencije trećih lica. Međutim, osoblje ove ustanove je odbilo da mu pomogne, plašeći se da i sami ne budu zaraženi HIV virusom. Predstavnici nevladine organizacije pod nazivom Centar za pravne resurse (Centre for Legal Resources) zahtevali su od zdravstvene ustanove da Kampeanu bude prebačen u odgovarajuću ustanovu čiji radnici bi bili spremni da mu pruže svu odgovarajuću negu. Ubrzo zatim, Kampeanu je umro. Međutim, iako relevantne odredbe domaćeg zakonodavstva predviđaju obaveznu autopsiju u slučaju smrti lica u psihijatrijskoj bolnici, neuropsihijatrijska ustanova u kojoj je Kampeanu preminuo je odbila da izvrši autopsiju, uz obrazloženje da nije reč o sumnjivoj smrti, naročito jer je preminuli već imao dva ozbiljna oboljenja – mentalnu zaostalost i HIV virus.

Uprkos tome, Sud je primetio da Kampeanu nije postavljen staratelj ili drugi odgovarajući zastupnik nakon punoletstva, te da je pretpostavka bila da ima pun pravni kapacitet, uprkos ozbiljnoj mentalnoj bolesti. Sud je, dalje, naglasio i da je njegov transfer i prijem u različite zdravstvene ustanove, kao pacijenta, vršen bez njegove saglasnosti, niti je on informisan ili konsultovan povodom medicinske nege koja mu se pruža, uz obrazloženje domaćih vlasti da on ne saraduje, kao i da ne bi bio moguće komunicirati sa njim.⁹ Sud je utvrdio i da su odluke domaćih vlasti o smeštaju pacijenta bile donošene isključivo na osnovu toga koja ustanova bi bila voljna da primi pacijenta, a ne one gde bi primio odgovarajuću lekarsku negu i pomoć. Primera radi, iako je Kampeanu primljen u neuropsihijatrijsku ustanovu, on je smešten u odeljenje koje nije imalo nijednog psihijatra. Štaviše, pacijent nikada nije ni pregledan od strane specijaliste za infektivne bolesti, uprkos činjenici da je lice obolelo od HIV virusa, već se celokupan tretman i terapija sastojao od sedativa i vitamina. Sve napred navedene okolnosti su bile od uticaja na odluku Suda da utvrdi da je tužena država prekršila svoju pozitivnu obavezu zaštite života g. Kampeanua, te da je povređen član 2 Konvencije u svom supstancijalnom delu.

S druge strane, Sud je utvrdio i da je povređena i proceduralna obaveza iz člana 2 Konvencije, jer nisu rasvetljene okolnosti njegove smrti, uključujući i identifikaciju za to odgovornih lica. Sud je prihvatio navod aplikantske NVO da je konkretni slučaj deo šireg, sistemskog problema, s obzirom da je od 129 prijavljenih smrti u neuropsihijatrijskoj ustanovi u kojoj je Kampeanu bio

⁹ Ibid. §§ 14-16.

smešten, u period od 2002. do 2004. godine, sve krivične istrage su obustavljene tamo gde su inicirane, što je rezultiralo da niko ne bude identifikovan i pozvan na krivičnopravnu ili građanskopravnu odgovornost. Kako postupanje domaćih vlasti nije bilo u skladu s kriterijumom delotvornosti istrage, Sud je utvrdio da je povređen i ovaj aspekt člana 2 Konvencije.

U nastavku ćemo izložiti slučajeve u kojima je došlo do kršenja pozitivne obaveze iz člana 2 Konvencije, kada je država, prema stavu Suda, bila dužna da zaštiti život određene osobe. Ovakva obaveza na strani države nastaje iz stava suda da su osobe u pritvoru, bolnici ili drugim sličnim državnim ustanovama u ranjivom položaju, te da se nalaze u apherenziji državnih službenika, usled čega država ima obavezu da zaštiti najpre njihovo pravo na život. U tom smislu, poznat je i više puta istaknut stav da kada je lice privedeno u dobrom zdravstvenom i fizičkom stanju, ali kasnije umre, na državi je da pruži razumno objašnjenje okolnosti koje su dovele do smrti tog lica.¹⁰

Jedan od napred navedenih slučajeva je i predmet *Ognyanova and Choban v. Bulgaria*,¹¹ u kome jegospodin Stefanov (Stefanov), romskog porekla, vanbračni suprug prve i sin druge aplikantkinje romskog porekla, preminuo od posledica pada kroz prozor tokom ispitivanja od strane policijskih službenika u svojstvu osumnjčenog za niz krivičnih dela provalnih krađa. Kada je ispitivan od strane policijskih službenika narednog dana, pao je sa trećeg sprata zgrade policijske stanice u kojoj je bio zadržan. Iako je prevezen u bolnicu nakon toga, preminuo je narednog dana.

Kao sporno pitanje se javoli da li je oštećeni skočio kroz prozor svojevolsjno ili je bio gurnut ili prisiljen u situaciji kada nije imao drugu mogućnost osim da skoči. Prema stavu Suda, malo je verovatno da je on svesno probao da pobegne, imajući u vidu činjenicu da je prozor sobe bio deset metara iznad zemlje. Ujedno, nije bilo nikakvih naznaka da je Stefanov imao razloge da izvrši neisprovocirano samoubistvo, niti da je patio od mentalnih bolesti koje mogu rezultirati pokušajem samoubistva. S obzirom na nekonzistentnost u verzijama bugarske vlasti koje su dovele do smrti gospodina Stefanova, Sud nalazi da Vlada nije sveobuhvatno objasnila povrede i smrt Stefanova tokom njegovog ispitivanja u policijskoj stanici, te smatra da je došlo do povrede pozitivne i proceduralne obaveze iz člana 2 Konvencije.

¹⁰ Kelly and Others v. the United Kingdom, Application no. 30054/96, § 92; Salman v. Turkey, Application no. 21986/93, para 100; Çakıcı v. Turkey, Application no. 23657/94, § 85; Ertak v. Turkey Application no. 20764/92, § 32; Timurtaş v. Turkey, Application no. 23531/94, § 82; Hugh Johnson v. the United Kingdom, Application no. 24746/94, § 103; Eremiášová and Pechová v. the Czech Republic, Application no. 23944/04, § 108.

¹¹ Ognyanova and Choban v. Bulgaria, Application no. 46317/99.

Još jedan primer u kojem je došlo do kršenja pozitivne obaveze iz člana 2 Konvencije je slučaj *Mižigárová v. Slovakia*,¹² u kome je suprug aplikantkinje, gospodin Ljubomir Šariški (Lubomír Šarišský) uhapšen zbog sumnje da je ukrao bicikl zajedno sa još jednom osobom. Nakon hapšenja odveden je u policijsku stanicu gde je ispitivan od strane policijskog službenika sa kojim je i ranije imao susrete. U jednom trenutku ispitivanja, gospodin Šariški je upucan u abdomen. Nakon četiri dana je preminuo. Sud je i u ovom slučaju naglasio svoj napred već navedeni stav da, kada su određeni događaji u potpunosti, ili u većem delu u isključivom saznanju nadležnih organa, kao što je slučaj sa osobom pod kontrolom države u pritvoru, javiće se snažne pretpostavke o nanešenim povredama i smrti lica koje je lišeno slobode, dok je na državi da pruži zadovoljavajuće i ubedljivo objašnjenje o njihovom nastanku. Drugim rečima, kada je pojedinac lišen slobode, pri čemu se nalazi u dobrom zdravstvenom stanju, a nađe se da je povređen kada se nalazio ili je puštan iz pritvora, država je dužna da obezbedi verodostojno objašnjenje o tome kako su povrede nastale, te da iznese dokaze koji dovode u sumnju navode žrtve, naročito kada su ti navodi podržani medicinskom dokumentacijom. Ova obaveza države je naročito stroga u slučaju kada osoba lišena slobode umre.

Sud pod pozitivnom obavezom države podrazumeva preduzimanje svih razumnih mera kako bi se osiguralo zdravlje i blagostanje osoba u pritvoru na adekvatan način, između ostalog, pružajući im potrebnu medicinsku pomoć,¹³ kao i minimiziranje poznatog rizika od vršenja samoubistva.¹⁴ Primenjujući navedene kriterijume na konkretan slučaj, Sud je našao da je došlo do povrede pozitivne obaveze iz člana 2 Konvencije. Naime, gospodin Šariški je u trenutku hapšenja bio dobrog zdravstvenog stanja, ali je nekoliko sati nakon lišenja slobode odveden u bolnicu zbog rane od metka u predelu stomaka, ali i povreda na po vratu, ramenu, licu i uvetu. Fatalni pucanj ispaljen je iz pištolja policijskog službenika u trenutku kada je žrtva bila sama u sobi za ispitivanje zajedno sa policajcem. U toku sprovedenja istrage prikupljene su kontradiktorne izjave o kritičnom događaju, te je Sud zaključio da država nije dala zadovoljavajuće i uverljivo objašnjenje o uzroku smrti gospodina Šariškog. Ujedno, Sud je naglasio da čak i kada bi prihvatio verziju događaja da je došlo do izvršenja samoubistva država ima obavezu da zaštiti zdravlje i dobrobit lica u pritvoru, pod kojim se podrazumeva preduzimanje razumnih mera zaštite lica od njih samih. Iako nema dovoljno dokaza koji bi omogućili Sudu da utvrdi da li su vlasti znale ili trebale znati da kod gospodina Šariškia postoji rizik od izvršenja samoubistva, Sud primećuje da postoje osnovne

¹² *Mižigárová v. Slovakia*, Application no. 74832/01.

¹³ *Aerts v. Belgium*, Application no. 23944/04, § 64; *Kudła v. Poland*, Application no. 30210/96, § 94.

¹⁴ *Keenan v. the United Kingdom*, Application no. 27229/95, § 97.

mere opreza koje policijski službenici moraju preduzeti kako bi se smanjio potencijalni rizik od lišenja sopstvenog života. Takođe, moraju postojati, kako je Sud naglasio, važni razlozi da se ispitivanje osumnjičenog poveri naoružanom policijskom službeniku.

U konkretnom slučaju, nisu postojali razlozi ispitivanja gospodina Šariškog od strane policajca koji je bio naoružan. Isto tako, u datom slučaju postojala je regulativa koja je zahtevala da policijski službenik obezbedi svoje službeno oružje kako bi se izbegle neželjene posledice. Domaći sudovi su smatrali da je propust policijskog službenika u vidu obezbeđivanja njegovoj oružja predstavljalo nemarnost koja je dovela do smrti gospodina Šariškog. Na osnovu svega navedenog Sud zaključuje da iako je gospodin Šariški izvršio samoubistvo na način koji su opisali istražni organi, vlasti su prekršile svoje obavezu preduzimanja razumnih mera kako bi zaštitile zdravlje i blagostanje osumnjičenog dok je u pritvoru. U skladu sa tim došlo je do kršenja pozitivne obaveze iz člana 2 Konvencije.

Zaključak

Prikazani insert iz prakse Evropskog suda za ljudska prava, u predmetima u kojima je, između ostalog, reč o poštovanju prava na život, daje pregled na neke od tipičnih problema s kojima se ova etnička zajednica suočava prilikom uživanja prava na život, kao najvažnijeg prava garantovanog Konvencijom. Autori su nastojali da izdvajanjem nekoliko značajnih, slučajeva prikažu deo pitanja koja razmatra Sud u predmetima u kojima su podnosioci predstavke Romi. Iz izloženih predmeta se može uočiti izvrsna zakonitost da su žrtve povrede ovog prava najčešće postale žrtve upravo zbog tog svog ličnog svojstva, tačnije usled svoje romske nacionalnosti.

Spektar ovakvog odnosa se može uočiti u iznetim primerima, od očiglednog negativnog odnosa šefa policijske stanice prema Romima u predmetu *Ciorcan*, do sistemskih problema koji naročito pogađaju neke od pripadnika ove etničke zajednice, kao u slučaju *Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeanu*. Međutim, ono što autori smatraju najvažnijim jeste da Sud, u svojoj sedamdesetogodišnjoj praksi nije utvrdio ni u jednom slučaju povredu člana 14 u vezi člana 2, odnosno povredu prava na život kao posledicu pripadnosti određenoj rasi, boji kože ili poreklu žrtve, te da bi neobavešteni posmatrač, čitajući odluke Suda, mogao osnovano pretpostaviti da je posleratna, demokratska Evropa izuzeta od ikakvog rasizma, netolerancije ili ksenofobije, kao mesto etničkog bratstva, u kome ljudi različitih porekla funkcionišu bez nevolja i predrasuda, pri čemu ovakva praksa Suda podržava takvu zabludu. Upravo nemogućnost da se ustanovi

veza između fizičkog nasilja i etničkog porekla zanemaruje crveno svetlo o posebnom tretmanu Roma od strane nekih oddržava potpisnica Konvencije, koje intenzivno i alarmantno svetli.

Summary

Aforementioned selection of ECtHR's case-law in cases where people of Roma origin are victims of, among other, right to life, guaranteed under Article 2 of the Convention, as the most fundamental right set forth in the Convention, in order to present and give highlight on some of the typical and standard issues this ethnic community faces in enjoying this right. When looking at the aforementioned cases, a certain regularity can be noted, since most of the victims of the right to life violation became victims solely, or to a large extent, due to their Roma ethnicity. The spectrum of such treatment of Roma can be seen in aforementioned cases, from obvious negative attitude of Mures police station chief towards Roma in the *Ciorcancase*, to systemic problems which disproportionately affect some of the members of this community, as in *Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeanu*. However, the authors find it very important to highlight the fact that the Court, in its 70-year-long practice, has not established a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 2 of the Convention, i.e. violation of right to life which is a direct result of the fact that the victim is of Roma nationality. Hence, an uninformed observer could come to the conclusion that the democratic Europe after the WWII has been exempt from any racism, intolerance or xenophobia, where people of different ethnic backgrounds live in a prosperous communities, absent of any prejudice or distress of any kind. Hence, the very inability to establish a link between physical violence and victim's personal traits, such as Roma ethnicity, even enhances such delusion, disregarding all of the red light signals on the treatment of Roma people in some of the High Contracting Parties.

Darko Dimovski, PhD

Associate professor, Faculty of Law, University of Niš

Milan Jovanović

Judicial intern, Commercial court of Niš

darko@prafak.ni.ac.rs milanis993@gmail.com

ROMA AS VICTIMS OF RIGHT TO LIFE VIOLATION UNDER ARTICLE 2 OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

Abstract: *Authors analyze violation of the right to life, guaranteed by Article 2 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention” and “the ECHR”) in European Court on Human Rights’ case-law (“the Court” and “ECtHR”) where victims of the violation are of Roma nationality or origin. The importance of the analysis of the states’ acts or omissions contrary to the Article 2 of the Convention lies within the fact that right to life is one of the most fundamental rights guaranteed under the Convention, from which no derogation is permitted, pursuant to Article 15 Paragraph 2 of the ECHR. The Authors analyze the variations and modalities of the violation of right to life, which appears as intentional deprivation of life (violation of state’s negative obligation), as a failure by the state to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (violation of state’s positive obligation), as well as a failure by the state to carry out an effective investigation into a death of an individual (violation of state’s procedural obligation).*

Key words: *Roma, European Court of Human Rights, EctHR, European Convention on Human Rights, ECHR, Right to life.*

Д-р Зоран Јовановски*

Д-р Елена Иванова**

Д-р Ѓорѓи Алчески***

**ЛИШУВАЊЕТО ОД СЛОБОДА НИЗ ПРИЗМА НА
НАЦИОНАЛНИТЕ ЗАКОНОДАВСТВА СО ОЦЕНА НА
ЗАКОНИТОСТА
(КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА)**

UDC: 342.721;341.24

Review paper

***Апстракт:** Слободата на личноста во потесна смисла на зборот претставува уживање на личните права без ограничувања од страна на трети лица или државата се додека тоа е во согласност со слободите и правата на другите индивидуи. Следствено на ова, слободата на личноста во дефинирање на нејзиниот поим е секогаш врзана со дефинирање на поимите на ограничување, концептот за законитост и владеење на правото или негова злоупотреба, еднаквост, правичност и одговорност на поединецот како неделиви сегменти на поимот слобода. Ограничувањето на слободата е дел од слободното и демократско општество каде монополот на ограничување го има државата под точно определени законски услови. Во контекст на последното, државата е должна да воспостави механизми за заштита од арбитрерност и злоупотреба на правото и систем на правичност со кои се овозможува реализација на принципот на владеење на правото. Од друга страна, лишувањето од слобода (апсење, притвор) ќе биде «произволно», доколку не постои основана аргументација од страна на судовите за ваквото ограничување на слободата. Во случај на отсуство на јасно дефинирана одредба која го предвидува притворот, или отсуство на процедура, пречекорување на роковите, (не)еднаквоста на страните, ќе резултира со незаконитост, непочитување на принципот на владеење на правото. Предмет на анализа на овој труд ќе биде оцената на законитоста при постапката за определување на притвор во националното законодавство и во држави кои припаѓаат на различни*

* Вонреден професор, Воена академија „Генерал Михаило Апостолски“, Универзитет „Гоце Делчев“ Штип

** Министерство за одбрана, Република Северна Македонија

*** ТАВ Македонија Аеродром Св. Апостол Павле, Охрид

географски целини во Европа.

Клучни зборови: *Лишување од слобода, законитост, кривична постапка, ограничување на слобода, притвор.*

Вовед

Правото на слобода на личноста е елементарно и неотуѓиво право на човекот кое се стекнува со раѓање. Во едно демократско општество државата има легитимно право да ја ограничи физичката слободата на едно лице, но истовремено е должна да обезбеди законска гаранција во однос на таквото ограничување. Целта на законитоста на лишувањето од слобода претставува гаранција за правната сигурност која би оневозможила било каков облик на арбитрерност, на начин што ќе се спроведе во постапка предвидена со закон и ќе биде предмет на судска контрола. Поради тоа ограничувањата се сметаат за правно оправдани и дозволени доколку се во согласност со пропишаните правила. Арбитрарно или своеволно ограничување е во колизија со системот на норми во кои се поставени темелите на дозволено ограничување. Тој систем на норми, правила, закони ја утврдува можноста, условите и законската процедура за дерогација на слободата на личноста. Токму и затоа ограничувањата се сметаат за правно оправдани и дозволени доколку се во согласност со пропишаните правила и принципот на владеење на правото. Законитоста, од друга страна, е базично начело врз основа на кое ограничувањето на слободата треба да се темели и се смета за дозволено. Правичноста е перцепција на еднаквоста на средствата и условите на поединците во општеството, но истовремено зависи од ефективноста на заснованите норми и механизми во државата. За разлика од правичноста како генерален концепт на слободата, е правдата, која претставува придобивка на поединецот и неговата индивидуална слобода во конкретен случај.

Терминот лишување од слобода се користи како меѓународно прифатен поим, кој ги подразбира сите термини кои го означуваат битието на ограничување на физичката слобода (буквално неможност лицето слободно да се движи), но во различни фази на одредена постапка (најчесто кривична) се идентификува со термините притвор, приведување, апсење, затварање.¹

¹ “Deprivation of liberty”- овој термин е најчесто прифатен и користен во меѓународните документи за човековите права. Кривично-правните норми ги регулираат облиците на ограничувањето од слобода на личноста во постапка и услови предвидени со закон.

1. ЛИШУВАЊЕТО ОД СЛОБОДА И ПРАВОТО НА СЛОБОДА НИЗ ПРИЗМА НА ЕВРОПСКИТЕ И МЕЃУНАРОДНИТЕ АКТИ ЗА ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА

Најзначајните придобивки на историската “борба“ во однос на врамување на заштитата од арбитражно лишување од слобода датира уште од Magna Carta Libertatum од 1215, Петицијата на правата од 1628 година, Habeas Corpus act од 1679 година и Bill of rights од 1689 година кои придонеле за зацврстување на либералниот режим и воспоставување на механизми за заштита на елементарните права и слободи. Во историскиот развој на заштитата од арбитражно лишување од слобода неспорно значење има Декларацијата за правата на човекот и граѓанинот во Франција која *inter alia*, го промовира правото на слобода на личноста од арбитражно апсење и затварање. Овој документ претставува основа за понатамошниот формално правен развој на човековите права во Европа.

Гаранциите за заштита на слободата и сигурноста на личноста веќе не се само гола декларација, туку реална инструментализација која е во континуиран подем. Историските и глобални процеси овозможуваат не само правно врамување на ова право преку низа меѓународни инструменти, туку и можност за заштита на истото. Гаранциите дека никој не смее произволно да биде апсен, притворен или протеран и фактот дека секој има право на слобода и на лична безбедност се содржани во одредбата од членовите 9 од Универзалната декларација за човековите права (1948) и од Меѓународниот пакт за граѓанските и политички права (1966). Подробна разработка е опфатена во Европската конвенција за човекови права (во понатамошниот текст: ЕКЧП) во однос на заштитата на правото на слобода и сигурност на личноста, но и постапката за оценка на законитоста на истото. Стандардите на Европскиот Суд за Човекови Права (во понатамошниот текст: ЕСЧП) се од исклучително значење за развојот на националните законодавства, бидејќи истите се директно применливи во домашниот правен систем. Истите истовремено преставуваат индикатор за одредени системски проблеми кои резултираат со промена на законската рамка, но и потреба од нужни промени во праксата. Кога говориме за праксата, поставените стандарди на ЕСЧП кои се поврзани за членот 5 од ЕКЧП се од исклучително значење за развојот на националните законодавства. ЕСЧП за оценка на законитоста на причините за притвор го применува и дополнителниот критериум арбитражност според кој одземањето на слободата ќе биде арбитражно и во случај кога причината е легитимна, но е непропорционална (несразмерна)

на целта која се сака да се оствари со неа.²Добивањето на една целосна слика на стандардите за обезбедување законитост при лишување од слобода на сите континенти, преку универзални и регионални механизми на заштита се содржани во општоприфатените меѓународни стандарди. Во нив е наведено дека судиите треба постојано да имаат во предвид когана обвинувањето ја ограничуваат слободата со мерки на обезбедување, дека секое лишување не е правило, но треба да биде исклучок, и дека истото треба да биде објективно, оправдано и тн. Оттука, ако ја земеме релевантната пракса на Меѓународниот Кривичен Суд во однос на прашањето на оценка на лишувањето од слобода констатираме дека истиот делува комплементарно на домашните стандарди, но и покажува дека и за него важат стандардите изградени од овие механизми, што истовремено треба да биде основа и за националните судови. Исто така, препораките кои им се упатени на властите на државите – членки на Советот на Европа, се очекува од нив да преземат соодветни мерки во националните законодавства како би се овозможило промовирање гарантирање на меѓународните стандарди за почитување на правото на лична слобода и правата при лишување од слобода.³

2. КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА НА ЗАКОНСКИТЕ РЕШЕНИЈА ПРИ ЛИШУВАЊЕТО ОД СЛОБОДА ВО ХРВАТСКА, ТУРЦИЈА, ИРСКА И РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

Компаративната анализа се фокусира на четири држави (Хрватска, Турција, Ирска и Република Северна Македонија). Изборот за наведените држави е врз основа на различната географската поставеност, а особено поради застапеност на различни правни традиции/системи и бројот на апликации пред ЕСЧП и пресуди. Имено, државите кои се предмет на оваа анализа припаѓаат на различни географски целини во Европа,

² R. Clayton, H. Tomlinson, *The law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2000, p.483.

³ Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d8d25, посетена на 06.04.2019 ,

Recommendation Rec(2006)13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse <https://pjp.eu.int/documents/3983922/6970334/CMRec+%282006%29+13+on+the+use+of+remand+in+custody%2C+the+conditions+-in+which+it+takes+place+and+the+provision+of+safeguard+against+abuse.pdf/ccde55db-7aa4-4e11-90ba-38e4467efd7b> посетена на 06.04.2019.

држави од југо-источна Европа, источна, и држава која не е во Европа (од нејзината северозападна и источна страна). Во изборот на држави се вклучени држави, кои слично како Република Северна Македонија спроведоа различни реформи во областа на лишување од слобода во истражна постапка, вклучително и држава која имала влијание од претходни комунистички правни системи (Хрватска). Овие реформи за дел од земјите придонеле кон намалување на бројот на апликации пред ЕСЧП (Хрватска), а во некои земји, на пример Турција во однос на законските измени после неуспешниот пуч од 2016 година довеле до влошување на состојбите и лимитирање на правата и процедури во однос на лишување од слобода. Ирска е пример за сите останати.

3. ОЦЕНКА НА ЗАКОНИТОСТА ПРИ ЛИШУВАЊЕТО ОД СЛОБОДА И ПОСТАПКАТА ЗА ОПРЕДЕЛУВАЊЕ НА ПРИТВОР

3.1. Хрватска

Кривичната постапка на Хрватска на некој начин е традиционален модел за казнената постапка во Република Северна Македонија. Хрватска беше еден од главните модели што ги следеше македонското законодавство.⁴ Мерките за обезбедување присуство во Хрватскиот ЗКП внесуваат повеќе важни елементи што се однесуваат на висот, содржината и модалитетите за примена на определените мерки, за кои особено се земени одредбите од Уставот на Република Хрватска,⁵ ЕКЧП и Меѓународниот пакт за граѓански и политички права.⁶ Во Хрватскиот ЗКП за мерката притвор, се среќава терминот истражен затвор. Терминот апсење Хрватите го употребуваат за лишување од слобода без судски налог. Законот за кривична постапка предвидува усна расправа пред истражен судија во однос на оценка на притворот. Оваа постапка не е јавна, но задолжително мора да присуствуваат обвинетиот, неговиот застапник и претставник на обвинителството. Рочиштето може да се одржи единствено доколку постојат законски услови во отсуство на одбраната.

⁴ Г.Бужаровска Лажетиќ, Г. Кајалциев, Б. Мисоски, Д. Илиќ, *Компаративно казнено процесно право*, Академик, Скопје, 2011, стр.155.

⁵ Согласно чл.24 од Уставот на Р.Хрватска, никој не може да биде успен или притворен без постоење пишан судски налог врз основа на закон. Без судски налог, полицијата може да апси лице против кое постои основано сомнение дека сторило тешко кривично дело определено со Закон, со обврска веднаш да му се предаде на судот. Ова не е јасно разработено во актуелниот хрватски ЗКП.

⁶ B.Pavisić, *isuradnici, Kaznenopostupovno pravo*, 3 izdanje, Pravni fakultet Sveucilista u Rijeci, Rijeka, 2010, str.172.

Странките ги изложуваат своите ставови во однос на истражниот затвор, а по потреба и за висната за гаранцијата (чл.129). На ова рочиште судијата е должен да изведува докази, да ги сослушува сведоци кои се предложени како иагументите на одбраната и обвинителство поврзани со притворот. Истиот е должен да ги наведе во решението аргументите на двете страни.⁷ Оваа одлука може да биде предмет на жалба пред советот на три судии и пред Апелациониот суд, кога предметот е во фаза на истрага. Кога ќе се поднесе обвинителен акт одлучува совет од три судии пред првостепениот суд, а по жалба одлучува Врховниот суд. Конечна судска инстанца согласно хрватското уставно право е Уставниот суд кој има надлежност да процени дали се работи за злоупотреба на правото или не, односно да ја оцени законитоста на лишувањето од слобода по основ на поднесена уставна тужба и надлежноста која ја има. Истражниот затвор, определен со решение на судијата на истрагата или на Советот, може да трае најдолго еден месец од денот на лишување од слобода. Но, од оправдани причина, може да се продолжи за уште најмногу 2 месеци, и не може да трае повеќе од 3 месеци за кривични дела за кои може да се изрече казна затвор до 3 години.⁸

Овој правен лек се смета за ефективен од страна на ЕСЧП. Сепак согласно поранешниот пристап на Уставниот суд за ова прашање, истиот сметал дека уставната тужба за оценка на законитоста на притворот е недопуштена од причина што било донесено ново решение за продолжување на притворот против лицето и истиот не се осврнувал на решението кое било пред него оспорено.⁹ Сепак, ваквата пракса на Уставниот суд се сметала спротивна на ефективната оценка на законитоста од лишување од слобода, поради што Уставниот суд зазел нов пристап сметајќи дека независно што конкретното решение не е повеќе во сила (пониските судови донеле ново решение во меѓувреме за продолжување на притворот), Уставниот суд мора ефективно да ја оцени основаноста

⁷ Член 129 од хрватскиот ЗКП

⁸ Бужаровска Лажетиќ и останати, *op.cit*, стр. 174. Во зависност од тежината на стореното дело, е траењето на истражниот затвор.

⁹ Според Хрватскиот закон за кривична постапка, “притворот“ која претставува за мена за досегашното “задржување“ претставува краткотрајна мерка за ограничување на слободата на движење под присилно сместување во одреден простор, може да се определи најмногу 48+48 часа. Од друга страна законот го предвидува термиот “истражен затвор“ во смисла на нашиот притвор кој го определува истражен судија во текот на истражната постапка (претходна постапка). Во првиот случај потребно е да има “*osnovesumnje*“, односно основина сомнение, а во однос на истражниот затвор се бара постоење на “*osnovanesumnje*“. Хрватскиот Устав (член 24) предвидува единствено основано сомневање, вклучително и за краткотрајниот притвор, односно лишување од слобода без судски налог

на притворот и да утврди дали и понатаму постојат причини за негово определување.¹⁰

Во контекст на појава на одредени злоупотреби или заобиколување на правото, ЕСЧП во однос на Хрватска утврдил злоупотреба на правото, односно повреда во неколку предмети против Хрватска особено во делот на: неоснованост на притворот кој влијаел врз должината на постапката и повреда на членот 5 став 4 од ЕКЧП поради неефикасната оценка на законитоста на притворот;¹¹ и нееднаквост на оружјето во делот на недоставување на жалба на обвинителот до обвинетото лице.¹² Како суштинска повреда се смета неефикасноста на уставната тужба поврзана со заштита на ова право.

Во насока на прекршување на владеење на правото, ЕСЧП утврдил дека домашните судови не го образложиле основот дека лицето ќе го повтори делото, базирано единствено врз претпоставка на тежина на делото и доказите против него, при што притворот се продолжувал по автоматизам, ниту пак судовите кои одлучувале по жалба ефективно ја оценувале законитоста на истиот. Дополнително, во овој предмет ЕСЧП сметал дека Уставниот суд не ја оценил ефективно законитоста на притворот, упатувајќи на фактот дека оспореното решение не било повеќе во сила, независно што сега Уставниот суд има поинаков пристап.¹³

3.2 Турција

Кога станува збор за развојот на казненото право, Турција многи позајмила од германското кривично и процедурално право.¹⁴ Слободата на личноста е загарантирана со Уставот на Турција и судската контрола

¹⁰ Одлукана Уставниот суд број U-III-5449/2013 од 13 јануари 2014.

¹¹ Во предметот Šoš против Хрватска (апликација број 26211/13 од 1 декември 2015)

¹² Во еден од поновите предмети, Oraves против Хрватска (апликација број 51249/11 од 11 јули 2017). ЕСЧП нашол повреда на начелото на еднаквост на оружјето од причина што во постапка по жалба не била доставена жалбата на обвинителството со која се барала определување ефективен притвор до одбраната за да може да ги оспори наводите. Имено во случајот обвинетиот бил ослободен со решение на првостепениот судски панел, но по жалбата која не била комуницирана до одбраната, истиот бил притворен. Дополнително повисокиот суд не ја известил одбраната за рочиштето каде без да има усна и контрадикторна постапка одлучил да го лиши од слобода лицето. Овој предмет е идентичен со предметот Митревски против Македонија

¹³ Истата пракса се среќава и кај предметот Orban против Хрватска апликација број 5111/12 од 19 декември 2013).

¹⁴ A. Eser, *The importance of Comparative Legal Research for Development for the Development of Criminal Sciences*, во *Comparative Criminal Justice Systems: From Diversity to Rapprochement*, *eres – Nouvelles Etudes Penales*, No.17, 1998, стр. 90-91.

на законитост¹⁵, а посебно регулирана со Законикот за кривична постапка, број 5271 од јуни 2005, подоцна изменет со Законот број 6546 од 2014. Последната измена на овој Законик имаше позитивно влијание врз намалување на должината на притворот и зголемена користење на поблаги мерки наспроти притворот. Сепак, со донесување на Законот за вонредна состојба после неуспешниот пуч во Турција од 15 јули 2016, беа воведени низа рестриктивни мерки во областа на слободата на личноста, како на пример: итно изведување пред надлежен судија, пристап до адвокат, брзо одлучување од сите судски инстанции, отуство на сослушување при определување на притвор, како и неможност да се оспорат доказите бидејќи осомниченото/обвинето лице нема пристап до истите.¹⁶ Влијанието на меѓународната заедница, особено Советот на Европа преку Венецијанската Комисија, резултираше со минимални измени на овој закон, така што одредени правни прашања беа подобрени (на пример изведувањето пред истражен судија се предвиде максимум во рок од 7 дена, наместо претходно 30 дена), кое сеуште не ги исполнува стандардите на ЕСЧП.¹⁷

Согласно турскиот Законик за кривична постапка, број 5271 од јуни 2005 беа воведени кривични судови/судии за мир како дел од основните судови, чија надлежност е да одлучуваат за мерките на претпазливост како и за притворот во фаза на истрагата, но и да одлучуваат како судечки судии за полесни кривични дела до две години казна затвор. Понатаму, контролата на притвор ја врши судечкиот судија во зависност од видот на кривичната постапка, а непосредно повисоките судови одлучуваат по жалба.

Согласно Законот број 6546 од 2014 со кој се измени Законикот на кривична постапка беа воведени судии на слобода кои во фаза на истрагата се единствено надлежни да одлучуваат за мерките за претпазливост, вклучително и определување притвор како и оценка на неговата законитост.¹⁸

Судијата на слобода е должен да го оцени барањето на јавниот обвинител да се определи притвор, при тоа ценејќи првично дали има

¹⁵ Членови 19 и 36 од Уставот на РСМ.

¹⁶ <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/50/Tajikistan/showposetenana> 07.04.2019

¹⁷ ВидиводелотнаПравотонаслободাপрекумеѓународнитеинституции: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)007-e) Објавена во март 2017 [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2016\)061-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2016)061-e)

¹⁸ Во англиската литература многу често се среќаваат како *criminal judgeships of peace* (*liberty judges*) и нивната надлежност е многу слична како на судиите за слобода и притвор во Франција.

основано сомнение дека лицето го сторило делото, дали оваа мерка е пропорционална со тежината на делото и висината на казната и дали има основ да се определи притвор.¹⁹

Лицето кое е лишено од слобода може во било која фаза од постапката (фаза на истрага или на обвинителство) да поднесе барање за ослободување или примена на некоја полесна мерка. Во фаза на главна расправа одлучува судечкиот судија, а панелот на непосредно повисокиот (апелационен суд) одлучува по поднесена жалба доколку барањето не биде усвоено. Надлежниот суд одлучува по барањето за судска контрола во рок од 3 дена по добиено писмено мислење од двете засегнати страни.²⁰ Постапката се води на писмено, но по оценка на судот, страните можат да се сослушаат и судот е должен на осомниченото/обвинето усно да му го образложи решението и да го информира за неговото право на жалба. Во секој случај судот е должен да го достави на одговор барањето на јавниот обвинител во врска со определување или продолжување на притворот.²¹ Судијата на слобода мора за секое продолжување на притворот да го образложи постоењето на сериозно/основано сомнение дека е сторен криминал, основите за притвор како и фактот дека оваа мерка е пропорционална и оправдана со конкретни факти.

Надлежниот суд е должен по службена должност да ја оценува законитоста на притворот пред истек на 30 дена од решението и доколку не постојат понатаму основи за притвор, истиот е должен да го ослободи лицето без одлагање.

Судската пракса на Уставниот суд на Турција е богата и особено значајна кога е во прашање и слободата на личноста, при што во анализата Уставниот суд се повикува и на праксата на ЕСЧП и досега во голем број случаи има утврдено повреда. Генерално, во Турција е забележан системски проблем во однос на должина на притворот кој произлегува од негова неоснованост, особено во делот на постоење на основано сомнение, проблематично притварање на медиумски професионалци, а

¹⁹ Во една од поновите комуникации на ЕСЧП се однесува на наводната пристрасност во одлучување на “судиите на мирот“, кои се надлежни во Турција за определување на притвор.

²⁰ Членови 104 и 105 од Законикот за кривична постапка

²¹ Членот 271 од Законикот за кривична постапка број 5271, Уставниот суд утврди повредана ова право, односно обвинетиот да биде информиран за поднесокот на јавниот обвинител во предметот Aslan против Турција, апликација број 2012/1158 од 21/11/2013: <http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/leadingjudgements/IndividualApplication/judgment/2012-1158.pdf>. Но, во истиот предмет, интересна е анализата на Уставниот суд дека аотуството на усно сослушување по доколно тидека обвинетиот може да го спори притворот писменото некое тна постапката и да доставува доказиво прилог не било повреда на членот 19 став 3 од Уставот во врска со членот 5 став 4 од ЕКЧП.

после неуспешниот пуч од 2016 година и различни предмети врзани за притвор, вклучително и наводи за отсуство на независност на судиите на слобода.

Во група предмети против Турција, ЕСЧП утврдил повреда на притворот во предистражна постапка бидејќи притвор бил определен на група лица поради сомневање дека се членови на терористичка организација и нивно наводно учество во пуч против актуелната влада, без да има конкретни докази за основаното сомнение дека делото е сторено, како и образложени основи за определување на притворот.²² Во врска со Турција, особено после неуспешниот пуч од јули 2016 и воведување на вонредна состојба, голем број на апликации од лица лишени од слобода беа поднесени до Турскиот Уставен суд и пред ЕСЧП.²³ Во поголемиот број предмети кои биле комуницирани од страна на ЕСЧП апликантите се жалеле за повреда на членот 5 став 1, 3 и 4 од ЕКЧП, а поврзани со членот 10 од ЕКЧП, укажувајќи дека овие притвори се политички мотивирани.²⁴

3.3 Ирска

Системот на кривична постапка на Ирска припаѓа на оние системи во кои според видот на изворот, се уште се разликуваат системите на пишаното и (претежно) обичајното право. Во Ирска, се поголем е бројот на пишани извори, токму во подрачјето на претходната постапка.²⁵ Лицето лишено од слобода/уапсено од страна на полиција мора да биде изведено пред надлежен суд најбрзо и да има можност да бара да се ослободи со гаранција.²⁶ Доколку судот ја одобри гаранцијата, жалба може да поднесе Директорот на јавното обвинителство до непосредно повисокиот суд, како и обвинетото лице доколку барањето за гаранција не се прифати од страна на судот. Согласно начелото на *habeas corpus*, секое лице кое е лишено од слобода и е во притвор има право да побара од судот да ја оцени законитоста во било која фаза на постапката и надлежниот суд е должен да одлучи веднаш. Кога се определува кауцијата за лице кое претходно било во притвор, судот определува одредени услови, да се платат паричните средства на сметка на судот, како и да се даде одредено

²² *Mergen and Others против Турција* (nos.44062/09, 55832/09, 55834/09, 55841/09 and 55844/09)

²³ *Sabuncu and others против Турција* (бр. 23199/17).

²⁴ Во Турција беше формирана независна Комисија која требаше да биде филтер за овие апликации пред истите да завршат пред Уставниот суд.

²⁵ Бужаровска Лажетик и останатите, *op.cit.*, стр.17.

²⁶ Овој систем на иницијално барање лицето да се ослободи со гаранција се применува и во другите земји од *common law* системите, вклучувајќи Велика Британија и САД.

ветување. Во одредени случаи судот може да го ослободи лицето со гаранција, без да бара да се исплатат средства, што претставува повеќе форма на ветување дека лицето нема да побегне, но во таков случај ќе се изврши присилна наплата. Ваквата одлука зависи од тежината на делото и другите околности на предметот.

Во Ирска постапките за оценка/продолжување на притвор се контрадикторни и усни каде двете страни се сослушуваат со можност да се повикуваат сведоци и да се изведуваат докази. Ова се однесува и на судовите од повисока инстанца кои ефективно го разгледуваат притворот и многу често одлучуваат притворот да го заменат со полесна мерка. Така, согласно законската рамка не постои законско ограничување на притворот во предистражна постапка што може да доведе до злоупотреби особено доколку лицето биде осудено на помала казна затвор од времето поминато во притвор. Во таков случај му се пресметува и може да добие надомест, сепак државата се стреми да ги минимизира ваквите ситуации на начин што многу почесто определува гаранција наспроти притвор, како облик на лишување од слобода.²⁷ Слично како во Англија и Велс, Ирска има доста развиен електронски судски систем на менаџирање на предметите воопшто и на предмети каде е определен притвор, кои се приоритетни со што се олеснува надзорот од страна на обвинителите и судиите.

Во контекст на Ирска, ЕСЧП има утврдено повреда на членот 5 став 1 (д) од ЕКЧП (лишување од слобода на малолетници) во предметот D.G против Ирска, кој се однесува на институционално сместување, лишување од слобода на малолетник спротивно на неговата волја, во установа која според анализата на ЕСЧП не се подведува како специјализирана установа со едукативен надзор.²⁸ Во однос на **повреда за притворот во кривична постапка и оценка на законитоста како и повреда на процедуралните гаранции предвидени со членот 5 став 1 (в), 5 став 3, 5 став 3 и 5 став 5 од ЕКЧП, ЕСЧП нема одлука/пресуда, ниту нашол повреда, односно злоупотреба на правото.**

3.4 Република Северна Македонија

Правото на слобода на личноста е утврдено како едно од основните уставно загарантирани права на човекот во Република Северна Македонија.²⁹ Уставот прокламирајќи ја неприкосновеноста

²⁷ http://www.iprt.ie/files/IPRT_Position_Paper_11_on_Bail_and_Remand_sml.pdf

²⁸ D.G против Ирска, апликација број 39474/98 од 2002 година

²⁹ Член 12 од Уставот на Република Северна Македонија

на слободата на човекот како негово основно право, истовремено ги определува и основните услови и начинот на нејзиното ограничување, така што утврдува дека никому не може да му биде ограничена слободата, освен со одлука на судот и во случаи и во постапка утврдена со закон. Според тоа, нејзиното ограничување мора да биде согласно основите и постапката предвидени со закон со што ќе се елиминира било каков облик на арбитрерност.

Согласно Законот за кривична постапка се прави разграничување на неколку подвидови на лишување од слобода во различни фази од постапката.³⁰ Терминот лишување од слобода во смисла на лишување од слобода без налог на суд е предвиден со Законот за кривична постапка (член 158), при што лишување од слобода претставува дејство на лишување од слобода (во смисла на deprivation of liberty) ако лицето е затечено во извршување на кривично дело за кое се гони по службена должност и при тоа лишувањето може да го изврши полициски службеник или секое друго лице кое ќе го затекне во извршување на кривичното дело за кое се гони по службена должност и постои опасност од бегство при што веднаш треба да ја извести полицијата, а лицето се задржува сè до доаѓањето на полицијата. Законот прецизно го уредува институтот притвор како најстрога мерка за обезбедување на присуство на обвинетиот во постапката.

Една од главните новини во однос на слободата и сигурност на личноста е воведување на судија во претходна постапка кој се поставува како заштитник на правата на лицата од арбетрарни лишувања од слободи без да навлезе директно во исходот на истрагата, со целосен фокус на заштитата од арбитрерност во ограничувањето на ова право. Овие реформи се значително инспирирани од влијанието на праксата на Судот во однос на задоволување на европските и меѓународни стандарди за човековите права.

Исто така, судијата на претходна постапка има можност да ја контролира законноста на полициското лишување од слобода особено кога се работи за лишување од слобода без судски налог, без разлика дали лицето било донесено пред суд или не, како и да ја оценува законитоста на сите дејствија на полицијата во предкривична постапка во однос на ограничувањето на слободата на личноста кое се поднесува во рок од 30

³⁰ Закон за кривична постапка (пречистен текст, Службен весник бр.150/2010,100/2012,142/2016, 193/2016 и 198/2018).Со последната измена, сочленот 5 се врши усогласување на одредбата за укинување на притворот во однос на жалбата согласно јуриспруденцијата на Европскиот суд за човекови права (жалбата го одлага извршувањето на решението).

дена од ограничувањето на правата.³¹

Сепак, во практика судот по правило ги одобруваше полициските постапувања без да провери што навистина се случило, односно без да ги сослуша сите релевантни лица. Ваквата практика доведе до осуда на нашата држава за повреда на правото на слобода и безбедност на личноста од чл.5 од ЕКЧП.³²

Начелото на законитост и пропорционалност јасно е стипулирано во членот 3 од ЗКП во однос на заштитата на слободите и правата на обвинетото лице. ЗКП предвидел дека ограничувањето на правата и слободите на личноста во кривичната постапка мора да бидат пропорционални со тежината на кривичното дело и степенот на сомневање, како и да бидат ограничени само во мера која е нужна и под услови што ги предвидуваат Уставот на Република Северна Македонија, меѓународните договори ратификувани во согласност со Уставот и овој закон. На овој начин примената на ЕКЧП е предвидена во ЗКП.³³ Државата има легитимно право да ги ограничи правата и слободите, но ЗКП дава рамка која не смее да ја премине арбитрерноста. Тоа е особено битно и за овластените предлагачи кои го иницираат ограничувањето (т.е јавните обвинители), кои мора да сфатат дека слободата е правило, а ограничувањето е исклучок кој мора да биде оправдан. За жал праксата го покажува спротивното. Од септември 2015 година, со формирањето на специјалното јавно обвинителство е наметнета нова пракса при барање на мерки за обезбедување на обвинети кој се повикуват во суд со покана без да бидат приведувани со полиција кое нешто не беше познато во Македонската судска историја. Со барање на мерки за обезбедување на обвинети за поздравување е доставување на докази за основите за определување на мерка притвор.

Заклучоци и препораки

Државите кои се предмет на анализа припаѓаат на различни географски целини, двете држави, освен Ирска (англосаксонски), припаѓаат на континенталниот правен систем слично како на македонскиот кривичноправен систем, иако одредени акузаторни елементи беа

³¹ Член 162 од ЗКП “Контрола на законитоста на лишување од слобода“

³² Пример за ова е Лазороски против Македонија, пожалбабр. 4922/04 и донесена пресуда од 8 октомври 2009 година како и уште многу други Миладинов и др. А. бр. 46398/09, 50570/09 и 50576/09, пресуда од 24.04.2014:Василковски и др. А.бр. 28169/08 пресуда од 28.10.2010:Лазороски А.бр. 4922/04 пресуда од 8.10.2009:Митрески А.бр. 11621/09 пресуда од 25.3.2010:Велинов А.бр. 16880/08, пресуда од 19.09.2013

³³ Член 3 од ЗКП

воведени со кривичноправните реформи во Република Северна Македонија од 2010 година. Хрватската кривична постапка најбрзо се развиваше со прифаќање на новите европски тенденции и хрватската правна мисла се вброи меѓу навлијателните во регионот, па и во Европа. Македонското законодавство во овој сегмент редовно го следеше развојот на хрватското право. Македонскиот и хрватскиот ЗКП се обидуваат да ги следат современите реформски движења во Европа, односно се вовеле една модерна акузаторна постапка во која судот наместо активна ќе има пасивна улога, а главниот мотор во постапката ќе бидат странките. Република Северна Македонија има слична практика со хрватската. За разлика од овие две држави, како и Ирска, во кои постапката за оценка на законитоста се води во усна расправа и задолжителност на присуство на двете страни, во Турција постапката се води писмено, а осомничените/обвинетите се сослушуваат по потреба. Основите за определување на притвор во сите предметни држави се слични и Судот мора да води сметка за принципот на пропорционалноста. Праксата на ЕСЧП за сите е различна во смисла на наоѓање системски проблеми, како и во должината на определување на притворот. Исто така, еден од критериумите при анализата за изборна земја беше бројот на апликации пред ЕСЧП и пресуди, особено кога станува збор за оценка на законитоста на притворот и процедурални гаранции за лицето лишено од слобода. Истовремено, анализата на праксата на ЕСЧП послужи да се анализира и законската рамка и релевантна домашна пракса која се предвидува во пресудитена ЕСЧП. На пример, согласно анализата, во Ирска ЕСЧП не нашол досега повреда во однос на членот 5 од ЕКЧП и тој пример служи како добра домашна практика која има превентивно дејство во врска со прашањето за притвор.

Во однос на Турција, ЕСЧП претходно нашол повреда во однос на должина на притворот, но во последните неколку години зголемена е бројката на предмети каде ЕСЧП ја преиспитува законската рамка како и големиот број случаи на автоматски притвор понеуспешниот пучод 2016 година, особено кога станува збор за новинари, академици, политички противници, јавни службеници и слично. Во хрватската судска практика, како и во правната литература, се поинтензивно се уважува јуриспруденцијата на ЕСЧП, кој особено инсистира на рестриктивна примена и на солидно образложение на нужноста за примената за мерката притвор, а за неа во повеќе наврати се изјаснил и Уставниот суд на Република Хрватска.

Во Република Северна Македонија се применува Законот за кривична постапка од 2010 година, со дополнителните измени и

дополнување од 2012 и 2018 година, како основен акт на кривичното процесно право. Законот, концептуално во себе содржи повеќе модерни и подобрани решенија за функционирање на системот на казнена правда и примена на начела, принципи и институции со кои се обезбедува повисок степен на почитувањето на човековите права и слободи. Истиот го следи моделот на европските законодавства и посебните основи за притвор таксативно ги определува. Определувајќи ги основите и критериумите за определување на притворот, ЗКП гарантира дека притворот нема да се определува кон секое обвинето лице за кривично дело, туку само во исклучителни случаи предвидени со закон. Според македонскиот ЗКП се предвидени неколку новини во насока на подобрување на законското решение за определување на притворот како мерка за обезбедување присуство во текот на кривичната постапка. ЗКП гарантира сразмерност при определувањето и траењето на притворот, така што во ставот 3 од членот 164 од ЗКП се наведува дека при одлучувањето за притворот ќе се води посебна грижа за сразмерноста меѓу тежината на стореното кривично дело, казната која може да се очекува според податоците со кои располага судот и потребите за определување и траење на притворот. Покрај веќе внесените определени измени со ЗКП кој подетално ја дефинираат содржината на судските одлуки со кои се одлучува за евентуалното лишување од слобода, изрекување и продолжување на мерката притвор, сепак одредени решенија не се во согласност со членот 5 од ЕСЧП. Проблемот е најевидентен кај колективните лишувања од слобода при што се даваат стереотипни образложенија за оправданоста на мерката, односно се пропишува законската основа на притворот, без притоа да се даваат доволно конкретни и образложени причини за секоја основа поединечно, за секој осомничен / обвинет согласно неговите лични и индивидуални карактеристики. Од сите истакнати добри законски решенија или судска пракса во конкретните држави, истакнуваме неколку препораки за македонското кривично процесно право, со цел подобрување на состојбите врзани со лишувањето од слобода и постапката за оценка на законитоста на таквото лишување.

- Пристапот до списите на предметите да биде овозможена со доволно време да се разгледаат доказите против обвинетиот. Еден од начините е воспоставување на електронски менаџмент на предмети (примерот на Турција- UYAP-систем, или сличен систем е воведен во Ирска, односно правилно користење и функционирање на АКМИС системот);
- Примена на праксата на ЕСЧП во самите решенија, но истовремено и осврт на други релевантни меѓународни акти

особено кога станува збор за некои посложени меѓудржавни/ екстрадициони предмети, или доколку вклучува деца и ранливи категории на лица. Познавањето на овие документи е особено нужно за работата на судијата во претходна постапка кој директно одлучува за ограничување на едно од основните човекови права, правото на слобода на личноста.

- Регионални и национални размени на искуства и добри практики во однос на притворот. Судството мора да обезбедува конструктивен дијалог кој ќе задира во начинот и постапката на определување на притвор и примената на мерките за претпазливост, гаранцијата и куќниот притвор, анализа на негативните последици од притворот за обвинетите и нивните фамилии, како и за општествените последици.
- Објавување на правосилните решенија за притвор кои може да им помогнат на бранителите полесно да ја подготват одбраната., дури да се повикаат на некои од решенијата на повисоките судови. Тоа би преставувало исклучително корисна алатка за подобрување и зајакнување на постоечкиот систем за воедначување на судската практика.
- Охрабрување на Судот да прави почеста комбинација од полесните мерки за обезбедување присуство, со цел намалување или лимитирање на примената на притворот.

Афирмација на гаранцијата, како алтернативна мерка на притворот, како општо прифатен тренд во современото законодавство.

Zoran Jovanovski, PhD

*Associate Professor, Military Academy “Genaral Mihajlo Apostolski”,
University “Goce Delchev” in Stip*

Ph.D Elena Ivanova

Ministry of Defense, Republic of North Macedonia

Ph.D Gjorgji Alceski

TAV Macedonia Airport St. Paul The Apostle, Ohrid

*zoranjovanovski43@gmail.com percinkova@yahoo.com gjorgji.alceski@
tav.aero*

DEPRIVATION FROM FREEDOM THROUGH THE PRISM OF NATIONAL LEGISLATION WITH LEGALITY ASSESSMENT (COMPARATIVE ANALYSIS)

Abstract: *The freedom of the person in the narrow sense of the word is the enjoyment of personal rights without restrictions by third parties or the state as long as it is in accordance with the freedoms and rights of other individuals. Consequently, the freedom of a person in defining her notion is always bound up with the definition of the concepts of restriction, the concept of legality and the rule of law or its abuse, equality, fairness and responsibility of the individual as indivisible segments of the notion of freedom.*

The restriction of liberty is part of a free and democratic society where the monopoly of restriction has the state under precisely determined legal conditions. In the latter context, the state is obliged to establish mechanisms for protection against arbitrariness and abuse of the law and a system of fairness that enables the realization of the rule of law principle. On the other hand, deprivation of liberty (arrest, detention) will be “arbitrarily “ if there is no founded argumentation by the courts for such a restriction of freedom. In case of absence of a clearly defined provision which provides for detention or absence of procedure, exceeding deadlines, (non) equality of parties, it will result in illegality, disrespect of the principle of the rule of law. The subject of the analysis of this paper will be the assessment of the legality of the procedure for determining detention in the national legislation and in countries belonging to different geographical units in Europe.

Key words: *deprivation of liberty, legality, criminal proceedings, restriction of liberty, detention.*

THE PRINCIPLE OF INSTITUTIONAL BALANCE AND THE PHENOMENON OF PARLIAMENTARISATION IN THE EU

UDC: 321.015:341.171.075(4-672EU)

Review paper

Abstract: *The principle of institutional balance deals with the relationship between the three main institutions of the European Union, which represent the “institutional triangle”: the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission.*

The principle of institutional balance refers to the distribution of powers within the European Union. The European Union was conceived on the assumption of a division of powers by involving three legitimacies for the decision-making. Thus, it seems interesting to ask whether the relations between the European institutions are balanced or not, in that the three main institutions defend their interests and have powers and guarantees on the basis of the provisions of Treaties. This study of the principle of institutional balance suggests that the institutional functioning of the European Union presents links with that of national political systems.

Key words: *Institutional balance, European Union, EU institutions.*

The principle of institutional balance deals with the relationship between the three main institutions of the European Union, which represent the “institutional triangle”: the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission.

The European Commission is composed of one representative per Member State and one President. Since November the 1st, 2014, the President

* Associate Professor, Faculty of Law, South East European University Tetovo, b.nuhija@seeu.edu.mk

of the European Commission is Jean-Claude Juncker, who belongs to the European People's Party. There is a spécialisation of commissioners. The Council of the European Union is composed of representatives of the Member States governments. Each State sends a minister relevant to the matter. There is a specialized agenda.

The European Parliament consists of 750 Members who sit in transnational political groups.

The Parliament is elected by direct universal suffrage since 1979. The members come from the political parties in a particular state. They don't represent the interests of the government of the day. At the head of Parliament, there is a President. Since January, the 17th, 2017, the President of the European Parliament is Antonio Tajani.

The principle of institutional balance refers to the distribution of powers within the European Union. The European Union was conceived on the assumption of a division of powers by involving three legitimacies for the decision-making.

The Commission represents the integrative approach, that is the community (or currently European) legitimacy. The Commission's role is to serve the interests of the European Union as an organization. The European Commission is the only body that is supposed to speak systematically on behalf of the European Union. The main roles of the European Commission are given in the article 17 of the Treaty on European Union and the articles 235 and 236 on the Functioning of the European Union. In the outlines, the Commission drafts legislative proposals and is also an enforcer of the Treaties.

The European Union Council represents the state legitimacy, in other words the interests of the Member State governments. The decision-making of Members of European Union Council will be influenced by the country's current government. The article 16 of the Treaty on the European Union and from the articles 237 to 243 of the Treaty on the Functioning of the European Union present the work of the European Union Council. Today, the main function of the European Union Council is to be co-legislator. The European Union Council has also executive duties and plays a governmental role in the foreign policy sphere.

The European Parliament represents the democratic legitimacy. This institution is supposed to serve the interests of the European citizens. The main roles of the European Parliament are given in the Article 14 of the Treaty on European Union and from the articles 223 to 234 of the Treaty on the Functioning of the European Union. In the outlines, the European Parliament participates in the legislative process and supervises the European Union. The evolution of the weight granted to each institution is a purely political choice,

that either goes in the direction of integration or on the contrary demonstrates towards the European Union a certain distrust, notably through the sovereigns parties. For example, to give more weight to the European Commission demonstrates that we want to move towards the European integration. These political choices hold sway over the legal and jurisprudential changes. If there is a need for more democracy in the European institutions, the Parliament can get more powers. The Court of Justice of the European Union ensures respect of the principle of institutional balance.

Thus, it seems interesting to ask whether the relations between the European institutions are balanced or not, in that the three main institutions defend their interests and have powers and guarantees on the basis of the provisions of Treaties. This study of the principle of institutional balance suggests that the institutional functioning of the European Union presents links with that of national political systems. The Professor Sionaidh Douglas Scott, who was for many years Professor of European and Human Rights Law at the university of Oxford, wrote in her book Constitutional law of the European Union the following sentences *“It has become common to speak of an “institutional balance” within Community institutions and the way in which this is evoked draws on a system of checks and balances not dissimilar to those we find in more traditional governmental systems. The EU institutions have come to operate a system of checks on each other, sometimes referred in the context of an “institutional balance”...”*

Most of the political systems of the Member states are parliamentary. And the main feature of the parliamentary system at the national level is the need for the government to have the confidence of the parliamentary majority. The parliament is therefore responsible to this parliamentary regime. The Parliament supervises the government, can overthrow it by a motion of censure. For its part, the head of the government or the head of the State disposes of another weapon, which is the dissolution. Moreover, the functioning of the parliamentary system implies a close collaboration between the government and the assemblies.

The draft Treaty establishing a Constitution for Europe was based on the idea that the European Union’s political regime was close to that of a national parliamentary regime.

Even if in this presentation will link up between the institutional functioning of the EU and the parliamentary type of most of the national political systems (I), we cannot compare the pattern of the EU to a national one. The latter is marked by the classic principle of separation of powers. At the European Union level, there is a confusion of functions. In other words, the legislative and executive functions are even more intertwined than at the national level (II).

The progressive installation of a real “institutional balance”: Presentation and functions of this principle

This principle of institutional balance is not stated in the founding Treaties. The writers are sought first to be pragmatic. Indeed, they wanted to describe in an efficient way the functions of each organ without seeking to achieve a balance.

A brief presentation of Institutions' roles behind the European construction is necessary. The Commission was the only body holding the monopoly of the legislative initiative. It is possible to say that the Commission broadly was playing the role of a European government because the Commission was directing and urging on the development of the European Union.

For its part, the Council alone held the legislative power. As for Parliament, it had only an advisory role, it had no real legislative power. In its “Meroni” judgment of June, the 13th, 1958, the Court of Justice defended for the first time the principle of institutional balance in order to enforce the principle of attribution of powers. The principle of institutional balance thus originates from case law, and is defined in this judgment as the “*feature of the institutional structure of the community*”.

The legal basis on which the Court of Justice of the European Union relies is the former Article 7 of the Treaty on the European Communities, which today corresponds to the second paragraph of the Article 5 of the Treaty on European Union, that states “*Each institution shall act within the limits of the powers conferred upon on it by this Treaty.*” This principle is used by the Court to return to the spirit of the Treaties and to overhaul the institution that may have been dispossessed of its role entrusted by the European Union. In other words, the Court of Justice of the European Union wanted to use this principle of institutional balance as an instrument of moderation of powers. Because each institution wants to act with the legal basis that provides the largest quantity of powers, to the detriment of the other institutions, this principle has proved necessary to prevent an organ, institution from having ascendancy over all others. This idea is noticeable through the “Koster” judgment of the Court of Justice of the European Union of December the 17th, 1970, in which it is written that : “*The respect of the institutional balance implies that each of the institutions exercises its powers with due regard for the powers of the other institutions*”.

The principle of institutional balance was used by the Court of Justice of the European Union to preserve the powers of Parliament at one point where this institution had very limited powers. A judgment in favour of Parliament is that of July, the 16th, 1992, called “Isoglucose”. This principle of institutional

balance has allowed the Court to make it clear that the European Union Council must not neglect the Parliament's opinion. It was not a mandatory opinion, but it was necessary to request the European Parliament to issue its opinion.

The principle of institutional balance is not only used to protect the original spirit of the Treaties by respecting the principle of attribution of powers, it is increasingly clearly used to accompany the institutional changes of the Union. Over the past years, and still today, many people contest the existence of a "democratic deficit". There is a wish to galvanize the democratic aspect of the Union's institutional scheme. This principle increasingly expresses on the contentious front a general principle which is finally a principle of democracy, by protecting in a greater way the role of Parliament.

The main answer to this "lack of democracy" was the first European elections by direct universal suffrage, from the 9th to the 12th in June, 1979. Members were formerly appointed by national parliaments. As a result of these elections, Parliament's powers increased as it is the only institution for which members are directly elected by the European citizens. Through the "Parliament against Council" judgment of May, the 22nd, 1990, the Court of Justice sought to increase Parliament's powers. This judgment recognizes the right for the European Parliament to bring actions for rescission against acts of the other institutions (acts of the Council or acts of the Commission). At that time, there was none provision of treaty that provided for that. According to the Court of Justice of the European Union, it was a procedural gap that didn't respect "*the fundamental objective of maintaining the institutional balance defined by the treaties establishing the European Communities*". This right of annulment belongs to the Parliament in the event that this institution would have the impression that another institution encroach upon its prerogatives.

In the general spirit, the authors of European Treaties and the judges of the Court of European Union wanted the principle of attribution of powers to be respected through the principle of institutional balance. They also wanted, through this principle of institutional balance, to succeed having an institutional flexibility. Indeed, this principle can be used to favour legitimacy in particular, especially the democratic legitimacy. This principle allowed a readjustment of powers. The Commission has lost its initial omnipotence first for the benefit of Council and then the Parliament. But in a few years, this principle can utterly be used by the Court of Justice of the European Union to showcase the integrative approach. Indeed, the judges of the Court of the European Union make judgments which, mostly, go in the direction of integration.

In any event, the institutional changes within the European Union are often justified by this principle of institutional balance. This principle has been constantly reinforced since the creation of the European Communities until

today, with the adoption of new treaties. The Lisbon Treaty does not allude to this principle of institutional balance, but that does not mean that this principle has weakened. This principle is notably currently used to give to the national parliaments more powers.

I- An obvious comparison with the parliamentary political systems

A) The investiture of the Members of the European Commission by the European Parliament

At national level, the key feature of parliamentary political systems lies in the fact that the government must have the confidence of the parliamentary majority. The investiture symbolizes the legislative power's consent in the establishment of executive power, when the first has just won decisive legislative elections. At the European Union level, the Commission must ensure that there is the support of the European Parliament in order to implement the broad guidelines for the Union.

The investiture procedure of the President of the Commission and the commissioners involves the Parliament. Under the Article 214 of the Treaty on the European Communities and now under the seventh paragraph of the Article 17 of the Treaty on European Union, the President of the Commission is elected by the Parliament. Several names must be proposed beforehand by the European Council. The President of the Commission is elected after the European elections. This person belongs to the party that won the most seats. It is reminiscent of the fact that there is a majority party in national parliaments. Further to the fact that the President is the representative of the party that won the elections, the President must also be a consensual person.

As regards the Commissioners, who each represents a Member State, they are appointed collectively by the European Council on the basis of proposals of the Member States. They are questioned about their areas of expertise and must have a European commitment. Then, the approval of the European Parliament is necessary. This confidence shown by the Parliament towards the Commission has a consequence. The Commission is politically accountable to Parliament. The principle of accountability is what underpins the parliamentary type of a political system. For this purpose, the Parliament has means of surveillance (via the parliamentary questions) but also the possibility of using the weapon of the "motion of censure". This weapon, if it is used, leads to the formation of a new government (at the European Union level, a "new Commission"), which will receive the confidence of the majority of Parliament.

B) The “supervisory capacity” of the European Parliament

First of all, the Parliament has various means to “monitor” the Commission.

Parliament can ask questions to the Commission and the latter is obliged to answer to the Parliament, under Article 230 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which corresponds to the former Article 197 of the Treaty on the European Communities, which states that: “*The Commission answers orally or in writing to questions raised by the European Parliament or its members*”. Furthermore, the Commission presents to the European Parliament at the beginning of the year a work program which lists the key initiatives planned for the current year. In accordance with the article 230 of the Treaty on the Functioning of the European Union, this general report is then discussed by Parliament and is subject to its vote.

The participation of the legislative power that is the Parliament, in the executive function can also be proved by the fact that, in parliamentary system, besides the game of questions and answers sessions, there is the formation of parliamentary commissions.

The Article 226 of the Treaty on the Functioning of the European Union, formerly the Article 193 of the Treaty on the European Communities, provides that “*In the course of its duties, the European Parliament may, at the request of a quarter of its component Members, set up a temporary Committee of Inquiry to investigate (..) Alleged contraventions or maladministration in the implementation of Union law.*” This article specifies that a court procedure may be triggered following the formation of a temporary committee of inquiry.

These provisions are quite classic in a parliamentary system and are found in a large part of national constitutions of Member States of the European Union. This question-and-answer game between the Parliament and the Commission and the formation of parliamentary committees allows the Parliament to have information about the Commission’s policy before having to use the motion of censure.

C) The motion of censure’s power for the European Parliament

In a parliamentary political system, there are means of pressure between the institutions, which are the motion of censure and the dissolution. Only the motion of censure exists within the European Union.

The motion of censure is the biggest weapon for the Parliament since the Treaty of Rome. The eight paragraph of the Article 17 of the Treaty on European Union deals with the motion of censure, as does the Article 234 of the Treaty

on the Functioning of the European Union (formerly the Article 201 of the Treaty on the European Communities). The paragraph eight of the Article 17 of the Treaty on the European Union begins with the following sentence : “*The Commission, as a college, is responsible to the European Parliament. Indeed, the institutional functioning of the Commission is marked by the principle of collegiality. The Commission makes a single decision and is fully solidary.*” In accordance with the Article 234 of the Treaty on the Functioning of the European Union, a motion of censure is adopted when there is a two-thirds majority of votes cast and there is also a majority of members of the European Parliament who voted in favour of the motion of censure. The paragraph 8 of the article 17 of the Treaty on the European Union states that, in the event of the motion of censure is passed, this situation implies simultaneously the resignation of members of the Commission collectively and the resignation of the High Representative for foreign affairs and security policy, regarding to the functions the latter has in the Commission. The motion of censure has never been implemented but the Parliament has, on many occasions, threatened to use it. For example, on January, the 14th, 1999, the parliamentary socialist group decided to lodge a motion of censure. It has been rejected. After that, the Parliament implemented Committee of Independent experts to investigate on potential administrative irregularities. But the problem is that both commissioners identified didn't quit their position. In this context, the adoption of a motion of censure is very likely. To prevent this situation, the Commission decided to resign as a body, and there has been a new Commission in September of that year.

D) The possible comparison between the Head of State and Head of Government at national level and the functions of the President of the European Council and the ones of the President of the European Commission at European Union level

In national parliamentary regimes, the executive is dissociated between the Head of State and the Head of Government. In principle, the Head of State does not have an active role. The Head of State appoints the head of government and is politically irresponsible. As for the Head of Government and the ministers, they assume the conduct of national policies under the control of the parliamentary assemblies. The Head of government and the ministers are politically responsible to the assemblies.

The functions of President of the Commission and President of the European Council can make us think about the functions of Head of Government and President of the Republic at the national level.

The President of the Commission has an important power to define the general political direction of the Union. The President of the Commission must promote the general European interest and ensure the execution of European policies. The President of the European Council would symbolize a Head of State. This person must provide continuity in the European Council's work, while preserving national interests. The President of the European Council is the spokesperson for the Union and has no legislative role. These functions are reminiscent of those entrusted to a Head of state in a parliamentary system, notably that of exercising a power of representation.

E) The confusion of executive and legislative functions

Another reason for which it's possible to say that the institutional functioning is similar to a parliamentary-type political system at national level is the fact that there is a functional collaboration that exists between the institutions. The legislative power, which belongs to the European Union Council and the Parliament, is brought to collaborate with the executive power, mainly held by the European Commission, and vice versa. In the European Union, the decision making is the result of a work between three institutions. The European Commission, the European Parliament and the Council of the European Union work together actively in the drafting of the law, but this has not always been the case.

At the beginning of communities, the Parliament didn't have a real legislative power. Only the Council of the European Union was legislator. With the 1957 Treaty of Rome, the common law procedure was the consultation procedure of Parliament.

Today, the Parliament is co-legislator with the Council. Indeed, the codecision procedure was set up with the 1992 Maastricht Treaty as a replacement for the cooperation procedure. The cooperation procedure was introduced by the Single European Act of 1986. The Council of the European Union had to consider, at second reading the European Parliament's amendments adopted by an absolute majority. This procedure created a real legislative power for the European Parliament but the Council retained the last word in the adoption or rejection of the text.

At the time of Maastricht Treaty, the European Parliament became co-legislator but not yet on equal terms with the Council of Ministers. Indeed, the Maastricht Treaty limits the scope of co-decision to 15 areas. Today, the common law procedure is that of legislative codecision, under the Article 294 of the Treaty on the Functioning of the European Union laid down by the Treaty of Lisbon. This procedure can be defined as the joint adoption of legislative

acts between the European Parliament and the Council. This procedure now concerns 80% of ordinary legislation. The Parliament can thus vote on an equal footing with the Council of Ministers. During the first two readings, both institutions have the opportunity to amend the text. If both institutions don't reach an agreement after the second reading, a conciliation committee is used to find a compromise. This committee brings together members of the Council and the Parliament.

The Lisbon Treaty rationalized the legislative procedure by drawing a distinction between the Ordinary Legislative Procedure and the Special Legislative Procedure, under the first paragraph of the article 289 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Today, there are only the approval procedure and the consultation procedure used regarding the Special Legislative Procedures.

Before 2004, the approval procedure was called "the Parliament's assent procedure", introduced by the Single European Act in 1986. The Council, which prepares the act, must always seek the Parliament's assent. This procedure allows the European Parliament to accept or reject the draft act but not to modify it. This procedure is used for the adoption of certain international agreements (accession agreements, agreements with financial consequences) or decisions (observation of the violation of basic human rights by a State). The approval procedure remains applicable in certain areas for which the Council intends to remain the sole decision-maker.

As for the consultation procedure introduced by the Treaty of Rome in 1957, there are still some areas for which the Parliament is only consulted. This is the case with the tax harmonization laws.

II- The phenomenon of "parliamentarisation" rather than a real parliamentary political system

A) The non-use of classic means of pressure which are found in national parliamentary political system (motion of censure, dissolution)

As started earlier on, the Parliament can overturn the Commission by voting against the Parliament a motion of censure, in the event of the dialogue is broken between the institutions.

But the Commission does not have a weapon to defend itself against the Parliament. Unlike the national parliamentary systems, the weapon of dissolution was never envisaged and even in the first part of the draft Treaty establishing a Constitution for Europe which dealt with the question of the structures of the Union and its institutional organization. A French Professor

of Public Law, Pierre Yves Monjal, wrote : *“The real intention that the writers of the draft Treaty establishing a Constitution for Europe concerning the Commission was clear : to reduce as much as possible the integrative institution of the Union (..), by weakening it and enslaving it”*.

In contrast, just as the institutions the Council of Ministers and the European Parliament, the European Commission has the possibility to challenge the other’s activities under the article 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Actually, this way of monitoring the other institutions is more used than the classic means used in parliamentary systems (dissolution, motion of censure). Maybe here is the reason : within the European Union, it’s impossible to identify a single decision-maker.

In the national political regimes, there is an identified governmental power. The government is then the ultimate responsible for the decisions made, the one to which one can turn to in difficulties.

Besides, unlike national political systems, to achieve a consensus is really important within the European Union. Maybe the means of pressure are not used at European level because of this reason : there is a functional collaboration between the three institutions. This collaboration can be illustrated through the Ordinary Legislative Procedure. The three institutions are used to consulting each other within the framework of informal tripartite meetings including the rapporteur of the European Parliament, the representative of the Member State presiding over the Council and the Commission’s officials, to bridge differences and to avoid conciliation. Concretely, as soon as the Commission proposal is forwarded, the European Parliament and the Council negotiate their amendments in order that the amended text should be adopted as soon as possible.

B) The progressive lost of monopoly of legislative initiative for the European Commission in practice, to the benefit of the European Parliament notably

At first sight, the institutional functioning of the European Union is close of most of national parliamentary political systems.

But the European Commission still is the most powerful institution in the European Union, so it can’t be a real parliamentary system. Indeed, the Commission is the only one institution which can submit draft legislative proposals. In other words, the Commission is the main holder of the legislative initiative. The Treaty of Lisbon took the second paragraph of the Article 251 of the Treaty on European Communities from the Treaty of Rome, with

the second paragraph of the Article 294 of the Treaty on Functioning of the European Union, which states that the Commission has the exclusive right of initiative in accordance with the Ordinary Legislative Procedure. The Council and the Parliament can not adopt a legislative act in absence of a formal proposal by the Commission. The Article 289 of the Treaty on the Functioning of the European Union states that *“The ordinary legislative procedure shall consist of the adoption of a regulation, a directive or a decision jointly by the European Parliament and the Council on a proposal from the Commission”*.

If the Commission seems to have considerable power of influence with this quasi-monopoly of legislative initiative, in reality there are severe constraints on the Commission regarding its mission of drafting proposals.

First of all, the Commission is subject to the legislative pressure from the other institutions.

The European Council is the institution which put the most pressure on the Commission. It is possible to say that the executive power belongs not only to the Commission but also to the institution of the European Council. There is a segregation of duties. The European Council defines policy in a broad sense through the passing, at each of the sessions, of action programs and the Commission provides a technical expertise. Under the Article 225 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which is a provision created by the Maastricht Treaty, the European Parliament may, by a majority of its members, request the Commission to make a legislative proposal. According to the article 241 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which is a provision dating back to the Treaty of Rome, the Council may also ask the Commission to carry out studies and may also submit appropriate proposals to the Commission.

In practice, the Commission frequently receives such requests. The European Parliament (via its recommendations or resolutions) or the Council (via its conclusions) often invite the Commission to draw up proposals for new legislative acts. If the Commission doesn't want to take into account the legislative proposals made by either the European Union Council or the Parliament, the Commission must explain its choice to the institution concerned. This obligation has been added by the Lisbon Treaty.

Furthermore, the Commission no longer makes legislative proposals without seeking, upstream, to know the positions of national administrations, professional organizations and the ones of the European Parliament. To this end, the Commission contacts national experts, the relevant committees in the European Parliament and representatives of professional organizations. The most important legislative proposals are even preceded by consultation materials.

CONCLUSION

To conclude, the parliamentary type of political regime is the one which best describes the institutional functioning in the European Union. The legislative power controls the executive power which determines and leads the policy. Within the European Union, there is a system of “*checks and balances*”. The institutions control each other and can challenge the actions of another institution. It’s the “*supervisory capacity*”. And the institutional relations within the European Union are marked by a confusion of functions. The executive and legislative powers do not belong to a single institution but are shared between the institutions. There is, within the European Union, a flexible separation between the legislative and executive powers from an institutional perspective. The institutions have to collaborate with each other.

But, to consider the European Union as a parliamentary regime would be wrong.

The European Union political system is thus in the process of “parliamentarization”, which is reflected by the rise of influence of the European Parliament in the decision-making process. It’s important to specify that, unlike the national parliamentary political regimes, within the European Union there is an institutional flexibility. That’s why the phenomenon of “parliamentarization” is possible.

The concept of parliamentarization was highly publicized during debates on how to adapt the Union to massive enlargement, which led to the Treaty of Nice (December 2000).

The German Minister of Foreign Affairs Joschka Fischer showed in his speech in Berlin in May, the 12th, 2000, that he was in favour of a better political integration through this phenomenon of “parliamentarization”. He suggested that the Union should be transformed into a European federation, governed by a constitutional treaty. In his model, the Nation-states would continue, but the European institutions would be strengthened. The European Parliament would comprise two chambers, representing the Europe of Nations on the one hand (a chamber composed of members of the national parliaments) and on the other hand the Europe of citizens (a directly elected chamber). The executive would be a government based either on the European Council or on the European Commission, with a directly elected president.

Thus, the parliamentary kind of political regime remains, nevertheless, at the center of reflections on the future of the European Union.

At the end of the 2000’s, the notion of “parliamentarization” took on a new meaning in the debates of the European Parliament. It is now heard

by Members of Parliament as a process necessarily based on two elements, *“on the one hand, the enlargement of Parliament’s powers European Union for all Union decisions, on the other hand the strengthening of the powers of national parliaments in relation to their governments “*. This idea comes from a report adopted in May, the 7th, 2009, which correspond to a resolution of the European Parliament. This reports deals with the development of relations between the the European Parliament and national parliaments in accordance with the Treaty of Lisbon.

The Treaty of Lisbon took many provision from the draft of the Treaty establishing a Constitution for Europe. The Treaty of Lisbon consecrated the active contribution of national parliaments for the good functioning of the European Union, in a new article of the Treaty on the European Union. It is possible to consider this phenomenon as a mean to make the parliaments (European and National) stronger and thus contribute to the “parliamentarization” of the European Union.

The Lisbon Treaty opens up new prospects for action for the national parliaments. Here are three new actions which can illustrate this.

First, the national parliaments can appeal against a European institution before the European court of Justice, by means of their governments, if they consider that a draft act doesn’t respect the principle of subsidiarity.

Besides, the national parliament now have a role in the procedure for revising the Treaties. Thus, the draft Treaty amendments must be notified to the national parliaments. If the European Council agree with those amendments, by a simple majority vote, those amendments are in principle examined by a Convention in which the national parliaments are widely represented, according to the third paragraph of the article 49 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Furthermore, the Treaty of Lisbon gives to each national parliament the right to oppose an initiative of the European Council if the latter either wants to vote by a qualified majority rather than to use a unanimous vote or wants to use the ordinary legislative procedure rather than a special legislative procedure, according to the seventh paragraph of the article 48 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

THE FUTURE OF ARTICLE 50: IMPLICATIONS FROM THE WIGHTMAN CASE

UDC: 341.171(4-672EU:410)

Original Research Paper

Abstract: *Based on the results from June's 2016 referendum on the issue of withdrawal of the UK from the EU, known as Brexit, on 29th of March 2017 the UK triggered article 50 of the Treaty on European Union (TEU), thus starting the two year process in which the EU and UK should determine the conditions for UK's withdrawal from the Union. On 14th of November 2018, as a result of Brexit negotiations, an agreement between the EU member-states and the UK was endorsed on the withdrawal of the UK from the EU, but the process that should have ended on 29th of March 2019 was moved for 31st of October 2019, due to failure in its ratification in the UK's Parliament.*

Meanwhile and simultaneously with the negotiations and the withdrawal procedure, another procedure takes place in the background and it is central for this paper. Without explaining the Brexit procedure, the paper elaborates the preliminary ruling procedure according article 267 of the Treaty on Functioning of the European Union (TFEU) in the Wightman case and the possibility of revoking the notification for withdrawal from the EU according article 50 of the TEU. Therefore, besides the case facts that triggered the preliminary ruling procedure before the Court of Justice of the European Union (CJEU), the paper elaborates the significance of the question referred to the Court, for which the Advocate General delivered its opinion and the Court delivered its judgment.

Key words: *Wightman, Court of Justice, Article 50, Judgment*

* Associate Professor, Faculty of Law, University of Goce Delcev – Stip, ivica.josifovic@ugd.edu.mk

CASE FACTS

Article 50¹

1. Any Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements.

2. A Member State which decides to withdraw shall notify the European Council of its intention. In the light of the guidelines provided by the European Council, the Union shall negotiate and conclude an agreement with that State, setting out the arrangements for its withdrawal, taking account of the framework for its future relationship with the Union. That agreement shall be negotiated in accordance with Article 218(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union. It shall be concluded on behalf of the Union by the Council, acting by a qualified majority, after obtaining the consent of the European Parliament.

3. The Treaties shall cease to apply to the State in question from the date of entry into force of the withdrawal agreement or, failing that, two years after the notification referred to in paragraph 2, unless the European Council, in agreement with the Member State concerned, unanimously decides to extend this period.

4. For the purposes of paragraphs 2 and 3, the member of the European Council or of the Council representing the withdrawing Member State shall not participate in the discussions of the European Council or Council or in decisions concerning it. A qualified majority shall be defined in accordance with Article 238(3)(b) of the Treaty on the Functioning of the European Union.

5. If a State which has withdrawn from the Union asks to rejoin, its request shall be subject to the procedure referred to in Article 49.

The case was brought by several members of the Scottish Parliament headed by Andy Wightman, who at the end of 2017, in a proceeding involving the UK Parliament, took actions in order to receive an answer from the Scottish Court on a simple, but very significant question regarding the unilaterally revocation of the article 50 notification to withdraw from EU membership. The applicants argued that Brexit is not one-way and that those voting for a stay in the EU do not necessarily have to agree on EU and UK arguments that there must be “deal or no deal”. Instead, there is a third possibility: people’s vote with option to stay in the EU.

In order for the Scottish Court to rule on the legal matter, it must refer to the CJEU under article 267 of the TFEU since article 50 of the TEU is a provision of the EU law and only the CJEU gives interpretation of the EU

¹ Consolidated versions of the Treaty on the Functioning of the European Union, [2012], OJ L C 326/47.

law for the EU as a whole. Without going into conditions under which the CJEU acts in the preliminary ruling procedure, because of the nature of the matter and the decisions of national courts, it is worth to mention that the CJEU during the years established its own conditions under which gradually abandoned the practice to act automatically on referring of national courts, determining its own jurisdiction for preliminary ruling. In doing so, it began by understanding its role under article 267 of the TFEU as an assistant to national courts and not as an advisor on any issues related to the EU law. The usual formula in which the conditions for Court's actions in this regard are grouped, says that CJEU shall not act on a question in preliminary ruling procedure when: a) the question is obviously not related to the facts and the decision to be made; b) the question relates to a hypothetical issue; and/or c) when the Court has not been provided with the sufficient factual and legal material in order to useful answer to it. So, in February 2018, the Scottish Court ruling on the matter submitted for revocation of the notification under article 50, found that it was purely hypothetical, that it was not a legal matter eligible for judicial review and with no real prospect of success, hence the application was rejected, since it was determined that the UK Parliament has no desire to withdraw from Brexit.²

However, the applicants appealed to the lower court's ruling to refer the matter to the CJEU. Given the constitutional significance of the matter, the judges accepted the appeal and returned the case for reconsideration, concluding that the lower court's judgment was rather complicated, unclear and confusing; that the matter does not fall into those identified as hypothetical and for which the CJEU would not have been able to act, given that the UK Government could be asked to revoke the notification under article 50 of the TEU at the request of the UK Parliament.

After additional submissions in June 2018, the lower court ruled the same because of the hypothetical nature of the matter, thus any possibility to refer to the CJEU was rejected.³ During the decision-making, the withdrawal act was still in preparation through the UK Parliament and therefore no final date for EU withdrawal was confirmed.⁴ Instead, the date for withdrawal is set

² Case P1293/17, *Petition of Andrew Wightman and Others for Judicial review on the issue of the unilateral revocability of Article 50 of the Treaty on European Union* [2018] Opinion of Lord Doherty, CSOH 8, <>, accessed 20 August 2019.

³ Case P1293/17, *Andrew Wightman and Others for Judicial Review against Secretary of State for Exiting the European Union* [2018], Opinion of Lord Boyd of Duncansby, CSOH 61, <<https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2018csoh61.pdf?sfvrsn=0>>, accessed on 20 August 2019.

⁴ *European Union Withdrawal Act* [2018], <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/pdfs/ukpga_20180016_en.pdf> accessed on 20 August 2019.

only as a matter of EU law under conditions from article 50, paragraph 3 of the TEU, i.e. the date of entry into force of the withdrawal agreement or two years after the notification of article 50.

As abovementioned, the CJEU does not consider hypothetical questions brought by national courts concerning EU law. The preliminary ruling procedure is a cooperation between national courts and the CJEU, in order to provide assistance to national courts to rule on cases where the interpretation of the EU law is essential for resolving the case in front of the national court. After considering the question, the lower court found that it was a hypothetical question that should not be answered in order to reach a judgment.

Also, the applicants in their case, objected the UK's ministers position that article 50 could not be unilaterally revoked. The judges rejected any detailed discussion on legal suitability of the UK's minister position for revocation of article 50 on grounds that if this is done it would be contrary to Parliamentary privilege and contrary to article 9 of Bill of Rights.

The applicants appealed to the higher court where their claim was successfully accepted. The judgment of the higher court was delivered on 21 September 2018 on several grounds.⁵ First, the UK's Government claims that the judicial review is incompetent because the request was impractical was rejected. Second, it is considered that the question is justified because of the existence of controversy regarding the Parliamentary process. Third, the Court also found that the case is not hypothetical since the first judgment, the judgment on appeal and parts of the Withdrawal Act entered into force.

However, Wightman and others claimed that the deadline by 29th of March, now 31st of October 2019 does not necessarily refer to "deal or no deal", but instead that there is an alternative according which UK citizens could vote for the agreement conditions, including the option to remain in the EU. Such option gets even bigger meaning after the failure to apply the deadline for UK's automatic exit that ended on 29th of March or to obtain the consent from member-states to extend the article 50 period or to unilaterally revoke the notification from article 50 of the TEU. If none of these options can be secured or the period until the 31st of October expires, it is clear that there will be no enough time to organize a new referendum for UK's membership in the EU.

In their request for a preliminary ruling procedure before the CJEU, the Scottish judges approved the text of the question that looked like this: "Where, in accordance with Article 50 of the TEU, a Member State has notified the

⁵ Case P1293/17, *Andy Wightman and Others against Secretary of State for Exiting the European Union* [2018] opinion of Lord Carloway, CSIH 62 <<https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2018csih62.pdf?sfvrsn=0>> accessed on 21 August 2019.

European Council of its intention to withdraw from the European Union, does EU law permit that notice to be revoked unilaterally by the notifying Member State; and, if so, subject to what conditions and with what effect relative to the Member State remaining within the EU.”

Given that the time was essential for the case, the Scottish court expressly requested the use of expedited procedure under article 105 of the CJEU’s Rules of Procedure.⁶The average time for the CJEU to deliver a judgment according to the procedure under article 267 of the TFEU is 15.7 months.⁷Such timeframe, four months from the time of referring until the expiry of the deadline, before the extension, could have made the judgment only a formality, because even with the expedited procedure, the Court would need at least five months to deliver its judgment. Even this timeframe was problematic, since the UK and the EU agreed a settlement of withdrawal on 13th of November 2018.⁸

However, the Court overcame itself. It received the referring on 3rd of October 2018 and because of the seriousness and the expedited procedure it started with the first hearing on 27th of November 2018.⁹The UK Government formally opposed to this request on several grounds. First, the UK Government issued a political document that the question is still hypothetical and that the CJEU overstepped its role.¹⁰I disagree with this. As a horizontal judicial process for cooperation between national courts and the CJEU, the national court is the one to determine the appropriateness of referring a question of the EU law to the CJEU. As such, it is the judges who are considering the case to assess whether there is a need of referring to the CJEU in order to enable them

⁶ Rules of Procedure of the Court of Justice of 25 September 2012, [2012] OJ L 265, as amended on 18 June 2013, [2013], OJ L 173, on 19 July 2016, [2016], OJ L 217, and on 9 April 2019, [2019], OJ L 111.

⁷ Judicial Activity, *Annual Report 2017* [2018] <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-04/_ra_2017_en.pdf> accessed on 22 August 2019.

⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, The European Central Bank, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank *‘Preparing for the withdrawal of the United Kingdom from the European Union on 30 March 2019: a Contingency Action Plan’* [2018], COM(2018) 880 final, <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3dd5b905-e829-11e8-b690-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF> accessed 25 August 2019.

⁹ Alastair Macdonald and Gabriela Baczynska, ‘EU court sets Nov. 27 hearing on Brexit reversal case’ *Reuters* (Brussels 7 November 2018), <<https://www.reuters.com/article/us-britain-eu-ecj/eu-court-sets-nov-27-hearing-on-brex-it-reversal-case-idUSKCN1NC1NA>> accessed 25 August 2019

¹⁰ Department for Exiting the European Union, *Wightman and Others v Secretary of State for Exiting the European Union*, (Policy Paper, 6 November 2018), <<https://www.gov.uk/government/publications/wightman-and-others-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union/wightman-and-others-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union>> accessed 25 August 2019.

to deliver a judgment. Second, if this is the case, then the answer of the CJEU is not only advisory, but binding and national judges cannot give their own or different or contrary interpretation.

Another UK's Government approach in taking exception to this reference from the Scottish Court was to challenge the process of requesting assistance from the CJEU. The Scotland's Advocate General argued that the appropriate course on this matter should have been another appeal to the UK's Supreme Court for adjudication and not for referring to the CJEU. On 8th of November 2018, the Higher Court, despite the documents submitted in order to cancel the referring to the CJEU, ruled out the possibility to refer the case to the Supreme Court.¹¹ This clearly shows the poor legal understanding of EU law principles. It is a good established doctrine according which the preliminary ruling procedure under article 267 of the TFEU is not an appeal mechanism and national courts are free to submit requests to the CJEU, free of any interference from higher national courts. Member-states Supreme courts are also free to issue guidelines for lower courts when they refer to the CJEU, as well as the CJEU itself issues guidelines on how these references on EU law should be made, although these guidelines cannot restrict the wide discretion national courts have in making their decision on the appropriateness of referring under article 267 of the TFEU.¹²

ADVOCATE GENERAL'S BORDONA OPINION

Before looking at the CJEU's judgment in the Wightman case regarding the unilateral revocation of the notification of withdrawal from the EU under article 50, it is quite useful to consider the Opinion of Advocate General Campos Sanchez Bordona (AG), which, although non-binding, the judges carefully examined and worth discussing on issues that raised.¹³

At the beginning, AG's opinion rejected the UK's Government claims that the case is hypothetical, because the Government had not decided on revoking the notification under article 50 and had no such intention. Further, the opinion agrees with the applicants that the notification is in principle unilaterally revocable, indicating that article 50 contains nothing regarding

¹¹ Case P1293/17, Statement of Reasons delivered by Lord Carloway in the reclaiming motion by Andy Wightman and Others against Secretary of State for Exiting the European Union [2018], <<https://www.theguardian.com/politics/2018/nov/08/uk-cannot-stop-brexit-article-50-case-going-to-ecj-says-scottish-court>> accessed 26 August 2019.

¹² Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings, [2016], OJ L 439/01.

¹³ Case 621/18, *Andy Wightman v Secretary of State for Exiting the European Union* [2018], Opinion of AG Bordona, ECLI:EU:C 2018:978.

revocation and thus refers to three possible outcomes: no revocation, unconditional revocation or conditional revocation. The opinion examines the question of unilateral revocation first from an international law aspect and then according to the article 50 wording.

As for the international law, the opinion gives no concrete answer whether the unilateral revocation of the notification for withdrawal from international treaty is a matter of international common law, although it is stipulated in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT).¹⁴ The reason for such uncertainty is whether the VCLT could apply for EU withdrawal in which principles of supremacy and direct effect are in place, just to conclude that it cannot be applied, since the EU itself and some of its member-states are not parties to the Convention. Still, the AG argues that the VCLT might be useful for interpretation of article 50.

As for the interpretation of article 50, literal interpretation does not resolve the question, since article 50 does not refer to unilateral revocation of the withdrawal notification. Therefore, the AG proceeded to examine the context of article 50. It started with the national phase “exclusively for the departing member-state”, when deciding on its intention to withdraw, and “only conditional upon having been adopted in accordance with that State’s own constitutional requirements”.¹⁵ The obligation to notify the European Council (EC) of the intention to withdraw and the two-year period to negotiate the agreement in which that intention will be embodied are only formal elements and do not limit the unilateral nature of the initial decision to withdraw. A logical consequence is the unilateral authorization to revoke such a decision as “a manifestation of that state’s sovereignty”.¹⁶ So, the procedure continues in “the negotiation phase, which begins with the notification of the intention to withdraw to the European Council and culminates two years later, unless there is an extension by unanimous decision of the Council”.¹⁷ Generally, “as occurs in other areas of law, in the absence of an express prohibition or a rule which provides otherwise, whoever has unilaterally issued a declaration of intent addressed to another party, may retract that declaration until the moment at which, by the addressee’s acceptance, conveyed in the form of an act or the conclusion of a contract, it produces effects”.¹⁸

Next, the opinion notifies that article 50, paragraph 2 of the TEU refers to notification of “intention” of withdrawal, “not the withdrawal itself,

¹⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, No. 18232, [1969]

¹⁵ Case 621/18, *Andy Wightman v Secretary of State for Exiting the European Union* [2018], Opinion of AG Bordona ..., op. cit., paragraphs 91 and 92.

¹⁶ Ibid, paragraph 93.

¹⁷ Ibid, paragraph 95

¹⁸ Ibid, paragraph 98.

because withdrawal may only occur after the agreement is reached or, in the absence of an agreement, after two years have elapsed”.¹⁹ According AG, “Intentions are not definitive and may change. Whoever notifies his intention to a third party may create an expectation in that party, but does not assume an obligation to maintain that intention irrevocably”.²⁰ Also, the AG refers to two possible scenarios. First, it refers to the possibility that “the withdrawal decision may be annulled, if the body having authority (ordinarily the highest courts of each State) holds that that decision was not adopted in accordance with the constitutional requirements”.²¹ Second, “as a result of action carried out in accordance with its constitutional requirements (for example, a referendum, a meaningful vote in Parliament, the holding of general elections which produce an opposing majority, among other cases), the member-state’s initial decision is reversed and the judicial and constitutional basis on which it was sustained subsequently disappears”, for which “that State can and must notify that change to the European Council”.²² Under these circumstances, on the one hand, “to insist on negotiating the agreement for withdrawing from the Treaties ... is a result contrary to common sense”, and on other hand, accepting the withdrawal shall “respect” the role of national parliament as part of member-state’s national identity.²³ The possibility of rejoining the EU is not contrary to this interpretation, since there is no logic to spend the article 50 two-year period on negotiating future membership. And as we will see below from the CJEU’s judgment, a member-state remains a member-state during the article 50 period.²⁴

Regarding the argument on unilateral revocation, the AG is on a standpoint that it will strengthen the Treaties provision for “closer union”, “national identities of the member-states”, and “protection of the rights acquired by EU citizens” and that all this is part of historical background of previous versions of article 50 and that supports the same outcome.²⁵ However, the AG point out the existence of several conditions. First, there must be a formal notification of revocation, according the notification to withdraw. Second, national constitutional requirements must be respected. While accepting that “this is an issue which falls to be determined by each member-state”, he argues that the in UK, the condition include “prior parliamentary authorisation for the notification of the intention to withdraw” and logically “the revocation of that

¹⁹ Ibid, paragraph 99.

²⁰ Ibid, paragraph 100.

²¹ Ibid, paragraph 104.

²² Ibid, paragraph 105.

²³ Ibid, paragraph 106.

²⁴ Ibid, paragraph 114.

²⁵ Ibid, paragraphs 129-135.

notification also requires parliamentary approval”. Third, there is no need to justify the revocation of notification of withdrawal.²⁶

The AG paid attention on temporal limit under article 50, paragraph 2 of the TEU, as well as on limits under article 4, paragraph 3 regarding principles of good faith and sincere cooperation. According the temporal limit under article 50, paragraph 2 of the TEU, the revocation “is possible only within the two-year negotiation period that begins when the intention to withdraw is notified to the European Council” and “once the withdrawal agreement has been formally concluded, which implies the agreement of both parties, it is no longer possible to revoke the notification”.²⁷ Regarding principles of good faith and sincere cooperation under article 4, paragraph 3 of the TEU, the European Commission and the Council raised concerns that member-state “could revoke its notification and halt the negotiations if they were not favourable to it” and “resubmit its notification of intention to withdraw, thus triggering a new two-year negotiation period”, thus bypassing the time constraints of the process.²⁸ But, the AG rejected these arguments: “the possibility that a right may be abused or misused is, generally speaking, not a reason to deny the existence of that right”.²⁹ Rather, the abuse must be prevented through the use of the appropriate legal instruments. The established principle of misuse of rights must be “be applied in the context of Article 50, if a member-state engaged in an abusive practice of using successive notifications and revocations in order to improve the terms of its withdrawal from the European Union”.³⁰

There is no indication that every misuse is planned and “any abuse could occur only when a second notification of the intention to withdraw is submitted, but not by unilaterally revoking the first”.³¹ In AG’s standpoint, a large number of “tactical revocations” would be extremely difficult, as the revocation is a decision adopted in “accordance with its constitutional requirements” and thus functions as a “filter which acts as a deterrent in order to prevent the abuse of the withdrawal procedure laid down in Article 50 TEU through such tactical revocations”.³² At the end, the opinion accepts that the revocation may be agreed, in case of request by member-state and unanimous decision of the EC.

So, what can we say about this review of the AG Bordona’s opinion before going into the essence of the judgment. First, the opinion strongly

²⁶ Ibid, paragraphs 143-145.

²⁷ Ibid, paragraph 147.

²⁸ Ibid, paragraphs 149-150.

²⁹ Ibid, paragraph 152.

³⁰ Ibid, paragraph 153.

³¹ Ibid, paragraph 155.

³² Ibid, paragraph 156.

argues that the matter is not hypothetical. It rightly refers to the CJEU's case-law according which references from national are considered as relevant; such assumption could only be refused in limited cases. There was a strong argument for the CJEU to answer on the referring, otherwise the possibility of holding another referendum in case the unilateral revocation was denied would still be an open question. The basic argument for unilateral revocation is double and simultaneous: first, regarding the importance of the notion "intention" and second emphasis on the sovereign power of decision-making by member-states. Regarding the protection measures against abuse, although it is at least convincing that national constitutional requirements would not always play as a filter, it is better to specify what limitations – probably in the form of rejection to review the notification one or two years after the previous notification or extending the article 50 process where the last process stopped – would be applicable.

Unfortunately, the opinion is unclear regarding the time limitation, especially delivered during negotiation among the EU and the UK, and especially that the AG did not take into account the possibility of extending the deadline (which actually happened, extending it until 31st of October 2019) and how would this affect the unilateral revocation. Would the notification be only possible within a two-year period or, also, during the extension of that period? The opinion is contradictory in parts; the judgment explained below is not. The possibility of delaying the withdrawal agreement deadline, which is not mentioned in the opinion, but mentioned in the judgment, means that the revocation is possible during the extension of that deadline. The revocation with consent could not simply fit in the literal meaning of article 50, since there is no process of approval. Further, since there is no need of consent and approval, it is probably that every member-state would consider the unilateral revocation.

In general, AG's opinion is a support for those proposing unilateral revocation and in favour of the applicants. Regardless of whether it changes the political dynamics, it is less probably that there may be a second referendum with different outcome in favour of those supporting the EU membership.

THE CJEU JUDGMENT IN WIGHTMAN CASE

If we look at the judgment, from the beginning it can be seen that it confirms that the UK may unilaterally revoke the notification of the intention to withdraw from the EU in the most general terms, thus broadly following

the non-binding opinion of AG's Bordona.³³First, the Court rejects the UK's argument that the matter is hypothetical and supports national courts to refer questions to the CJEU about the EU law.³⁴

On the merits, the Court refers that "the interpretation of a provision of EU law requires that account be taken not only of its wording and the objectives it pursues, but also of its context and the provisions of EU law as a whole".³⁵As regards the wording of article 50, the Court noted that article 50 does not explicitly address the subject of revocation, neither expressly prohibits nor expressly authorises revocation. But, the Court, as pointed by the AG in his opinion, indicates that article 50 refers to notification of the "intention" to withdraw. "An intention is, by its nature, neither definitive nor irrevocable".³⁶

Observing that the withdrawal decision is one-sided in accordance with member-state's constitutional requirements, the Court ruled that „the Member State is not required to take its decision in concert with the other Member States or with the EU institutions. The decision to withdraw is for that Member State alone to take, in accordance with its constitutional requirements, and therefore depends solely on its sovereign choice“.³⁷

As for the objectives of article 50, the Court pursues two objectives: "first, enshrining the sovereign right of a Member State to withdraw from the European Union and, secondly, establishing a procedure to enable such a withdrawal to take place in an orderly fashion".³⁸As stated by AG, it further locates the matter on revocation as part of the first of these objectives, thus linking the revocation with the sovereign decision for withdrawal: „the sovereign nature of the right of withdrawal enshrined in Article 50(1) TEU supports the conclusion that the Member State concerned has a right to revoke the notification of its intention to withdraw from the European Union, for as long as a withdrawal agreement concluded between the European Union and that Member State has not entered into force or, if no such agreement has been concluded, for as long as the two-year period laid down in Article 50(3) TEU, possibly extended in accordance with that provision, has not expired“.³⁹ As the withdrawal period is extended until 31st of October 2019, it is clear that unilateral right to revoke the notification still exists. AG's opinion on this is

³³ Case 621/18, *Andy Wightman v Secretary of State for Exiting the European Union*[2018] ECLI:EU:C:2018:999.

³⁴ *Ibid*, paragraph 30.

³⁵ *Ibid*, paragraph 47.

³⁶ *Ibid*, paragraphs 48 and 49.

³⁷ *Ibid*, paragraph 50.

³⁸ *Ibid*, paragraph 56.

³⁹ *Ibid*, paragraph 57

somewhat contrary on this, as it represents a key point since the extension would not be further needed if a second referendum on Brexit occurs.

Another question that raises are the rules applicable on unilateral revocation. Since article 50 is silent, the Court said that same rules are applied for the revocation as those applied in the notification for withdrawal: “it may be decided upon unilaterally, in accordance with the constitutional requirements of the Member State concerned”.⁴⁰ The Court also confirmed that the revocation would mean that the UK keeps its status as a member-state, as the revocation would reflect “a sovereign decision by that State to retain its status as a Member State of the European Union, a status which is not suspended or altered by that notification”.⁴¹ The “revocation is fundamentally different in that respect from any request by which the member-state concerned might ask the European Council to extend the two-year period and the Court rejected the analogy that the Commission and the Council seek to make between that revocation and such an extension request.”⁴²

As regards the article 50 context, the Court emphasized the articles 1 and 2 of the TEU for “ever closer union among the peoples of Europe”, EU citizenship and liberty and democracy,⁴³ and that “the European Union is composed of States which have freely and voluntarily committed themselves to those values”, and also “any withdrawal of a Member State from the European Union is liable to have a considerable impact on the rights of all Union citizens, including, inter alia, their right to free movement, as regards both nationals of the Member State concerned and nationals of other Member States”.⁴⁴ Therefore, “given that a State cannot be forced to accede to the European Union against its will, neither can it be forced to withdraw from the European Union against its will”, and that would be the case if “Member State could be forced to leave the European Union despite its wish – as expressed through its democratic process in accordance with its constitutional requirements – to reverse its decision to withdraw and, accordingly, to remain a Member of the European Union”.⁴⁵

Also, the Court looks at the origins of article 50 when different amendments were rejected “on the ground, expressly set out in the comments on the draft, that the voluntary and unilateral nature of the withdrawal decision should be ensured”. Moreover, the Court’s findings were corroborated with the VCLT “which was taken into account” when previous version of article 50

⁴⁰ Ibid, paragraph 58.

⁴¹ Ibid, paragraph 59.

⁴² Ibid, paragraph 61.

⁴³ Ibid, paragraphs 61 and 62.

⁴⁴ Ibid, paragraphs 63 and 64.

⁴⁵ Ibid, paragraphs 65 and 66.

was drafted. The Convention indicates that “in clear and unconditional terms that a notification of withdrawal ... may be revoked at any time before it takes effect”.⁴⁶

Next, the Court rejects the Council’s and Commission’s argument that the revocation requires unanimous approval by the EC as it “would transform a unilateral sovereign right into a conditional right subject to an approval procedure”, and it “would be incompatible with the principle...that a Member State cannot be forced to leave the European Union against its will”.⁴⁷

Finally, the Court presents the conditions for revocation:

- the revocation must happen before entering in force the Withdrawal Agreement (or if there is no such agreement, in period of two-years under article 50);

- the revocation must be submitted in writing to the European Council;

and

- the revocation must be “unequivocal and unconditional that is to say that the purpose of that revocation is to confirm the EU membership of the Member State concerned”.⁴⁸

CONCLUSION

The CJEU judgment will probably have no impact on the possibility that the Brexit could be reversed. The Wightman judgment, more than the AG’s opinion, strongly supports the unilateral revocation of the notification on best possible conditions. The admissibility of the case is not surprising and is related to previous case-law referring to national courts. As the Court said, article 50 makes no reference to the revocation and it does not necessarily have to indicate the resolution of the matter, but it is right when pointed out that there is an explicit reference to the intention to withdraw.

Also, the judgment secured important additional information regarding the Brexit process. The Court accepted the arguments that the notification of intention to withdraw from the EU could unilaterally be revoked by the UK without the consent of other EU member-states. This is important and could strengthen the argument that the UK Government could hold a second referendum with a choice of people’s voice to remain in the EU.

The Court’s judgment on unilateral revocation of the notification confirms the nature of the first UK decision which was not “approved” or filtered by EU institutions after receipt of the notification. The parallel which

⁴⁶ Ibid, paragraphs 68-71.

⁴⁷ Ibid, paragraph 72.

⁴⁸ Ibid, paragraphs 73 and 74.

the judgment draws between the notification and the revocation suggest that there can be no review by EU institutions on revocation, since it is confirmed that it meets the minimum requirements set by the Court.

As far as the international law, it is contrary to the usual autonomy of the EU law from international law for which the Court refers to at the outset of the judgment, but the Court justifies it as the drafters of what become article 50 took into account the VCLT.

Finally, on revocation conditions, the written notification is simple: EU institutions could determine whether the revocation is genuine or not and the requirement for “unequivocal and unconditional” revocation suggest that the notification must confirm that the UK has no intention to renegotiate its membership or send another notification shortly after. Implicitly, if the revocation was of these reasons then a legal question will arise on what the EC could do: it might refuse to accept the notification, with the UK challenging the decision; simply to decide to refuse to renegotiate for membership; or to accept the new withdrawal notification if it is followed shortly after the revocation of the first notification.

However, in my opinion, the judgment is somewhat disappointing. It failed to secure significant conditions regarding the crucial question related to revocation of notification from article 50. But, in these condition, the Court makes no mention of the condition noted in AG’s opinion that the revocation must be in good faith and sincere cooperation, which is very difficult to apply in practice. This is a useful information, because if the UK change its mind about Brexit and change its decision of withdrawal in accordance with its constitutional requirements and give written notification to the EC for such decision before 31st of October 2019 or later in case the withdrawal day to be extended with another agreement between UK and EU member-states, the UK may remain in the EU under unchanged terms. This is important, as there were suggestions that if UK wishes to remain in the EU it may need the consent of other member-states that may use the UK’s weak negotiating position in order to eliminate benefits which the UK currently enjoys.

Also, the Court, unlike the AG, makes no mention of the domestic process that led to the revocation, indicating only that it needs to be in accordance with the UK’s constitutional requirements. Overall, the judgment tells us that the Brexit process could be reversed if UK wishes to, but it is irrelevant as long as the Government is not considering such thing. It is not quite certain whether the revocation would require a new referendum under the EU law. The Court’s judgment for three times refers to revocation decision through “democratic process”, but in the judgment’s operational part it refers only to “constitutional requirements”. Some might argue that it would be undemocratic

to reverse the Brexit decision without referendum. However, representative democracy is the best form of democratic decision-making. Further, under the UK's constitutional system, the Parliament remains the supreme legislative authority, so if the Parliament decides to change the Brexit decision, such decision must be in accordance with the UK's constitutional requirements.

However, thanks to the CJEU judgment, the UK could take a decision to reverse Brexit until 31st of October 2019, thus remaining in the EU on existing conditions. Still, this is not a useful information, since it is unlikely that the UK will manage to take final decision in the next few months. For one reason, a new referendum takes at least a 22 months organization. This means that even if the UK Government decides to hold a new referendum to reverse Brexit it will require the consent of EU member-states for new extension of the period in order to have time to organize the voting.

The UK Government asked the Court to refuse to rule on ground that the referring question by the Scottish Court was hypothetical since the UK Government gave no indication that it wishes to revoke the notification. Since the CJEU decided to rule it should have tried to give useful directions. Unfortunately, it ended with a decision which applies only in extremely unlikely scenario in which the UK definitely gives up from Brexit by 31st of October 2019 and that gives a little useful direction regarding the key question that preoccupied the Council and the Commission, and that is the potential for abuse of right in order to avoid time limitations imposed by article 50.

Др Жељко В. Лазић*
Др Небојша Рангеловић**

КРИВИЧНА ДЕЛА СА ПОВЕЋАНИМ РИЗИКОМ ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

UDC: 343.3/7:316.647.82(497.11)
Original Research Paper

Апстракт: У овом раду анализирамо и указујемо на поједина специфична кривична дела која у свом бићу могу носити повећани ризик за појаву дискриминације према жртвама од стране поступајућих полицијских службеница и службеника, дискриминације пред органима јавне власти или у животној и радној средини. Ризик је посебно изражен у оквиру неколико кривичних дела, насиља у породици, трговине људима, кривичних дела против полне слободе, изазивања националне, расне и верске мржње и нетрпељивости и насиља и недоличног понашања на спортским приредбама. Аутори настоје да кроз теоријске, али и практично разрађене ситуације дају модел поступања полицијских службеника код оваквих кривичних дела са циљем препознавања и реаговања на дискриминацију.

Кључне речи: полиција, дискриминација, поступање, рањиве.

Увод

Сведоци смо да се концепти безбедности смењују и модификују у складу са актуелном политичко-безбедносном ситуацијом, потврђујући изреку да је безбедност као ваздух – неприметан када га има довољно, али се сви грчевито боре за њега када почне да нестаје. Важно је истаћи да је безбедност једна од четири елементарне људске потребе (Абрахам Маслов, Теорија хијерархије потреба), за коју су грађани спремни и да се

* Доцент, Академија за националну безбедност, Београд

** Редовни професор, Правни факултет, Универзитет у Нишу

одрекну дела своје слободе у корист суверена (Томас Хобс, Левијатан). Чињеница да је безбедност динамична категорија отелотворује се и променом безбедносне парадигме, доскорашњи концепт националне безбедности, који је био актуелан током периода Хладног рата, заменио је концепт индивидуалне безбедности у чијем средишту се налази човек. Држава престаје да буде сама себи циљ и средство, већ се поставља у службу остварења потреба грађана.

Имајући претходно у виду, делатност полиције, као битног чиниоца система безбедности Републике Србије, усмерена је на заштиту референтних вредности нашег друштва. Заштита људских права, међу којима се истичу проблеми дискриминације чланова осетљивих група, представља један од приоритета у тој области. Допринос овог рада огледа се у одређењу савременог полицијског оперативног рада, који је утемељен на принципима ефикасности, али и на истовременој заштити људских права. Стога и аутори овог рада помажу превасходно припадницима Министарства унутрашњих послова, да у исту раван поставе, попут Јустичијиног мача и таса, полицијска овлашћења и антидискриминационе прописе.

У раду се разматрају се кривична дела са повећаним ризиком од дискриминације, пре свега, насиље у породици, трговина људима, кривична дела против полних слобода, изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости, насиље и недолично понашање на спортским приредбама, анализира дискриминација и на јавним скуповима. У завршном делу рада представљају се механизми жалби унутар полицијског система. Надамо се да ће рад помоћи читаоцима да обују туђе ципеле, да разумеју проблеме других и разумеју различитости, којих ће увек бити у друштву и које чине друштво богатијим.

1. Узроци пораста насиља у породици и насиља над женама и статистички подаци насиља над женама у Србији

Када говоримо о узроцима насиља у породици, па и насиља над женама, они су бројни, од културолошких до социопатских. Не постоји држава на свету која није суочена са проблемом насиља над женама. Дакле, насиље над женама можемо посматрати као глобални проблем за који врло често не постоје тачне бројке, тј. подаци који представљају релевантне показатеље о његовој правој распрострањености у друштву. Тачан број случајева насиља над женама у породици и ван ње, веома је тешко установити из више разлога. Један од основних разлога је што жртва често не препознаје да је над њом извршено насиље, па не

реагује адекватно у таквој ситуацији, тј. не тражи помоћи и заштиту од надлежних органа и установа. Други, не мање заступљен разлог, је што се жртве боје последица и даљих репресалија од стране насилника уколико пријаве насиље. Тако долазимо до суштине проблема у праћењу насиља над женама и проблема „тамне бројке“ - односа стварног броја и пријављених случајева насиља. Више од 70% жена у евидентираним броју случајева у Србији било је изложено насиљу у кругу породице и то као:

- супружници или бивши супружници,
- деца, родитељи и остали крвни сродници, те лица у адоптивном сродству,
- ванбрачни партнер и бивши ванбрачни партнер,
- лица која су имала сексуални однос током две године које непосредно претходе подношењу предлога за одређивање мере заштите односила упородици.

Број евидентираних случајева насиља над женама са смртним исходом у Србији је у порасту.

- 2010. убијено је 26 жена,
- 2011. у породичном насиљу је страдало 29 жена,
- 2012. породично насиље је донело трагичан крај за 32 жене,
- 2013. број женских жртава је дошао до броја 43,
- 2014. смртно је страдала 21 жена,
- 2015. живот у породичном насиљу изгубиле су 34 жене,
- 2016. у партнерском насиљу живот је изгубило 30 жена,
- 2017. години страдало је више жена у партнерском насиљу и тај негативан тренд се наставља. Не постоји податак колико је жена извршило самоубиство из разлога што су биле жртве неког од облика насиља! Готово свака жена у Србији је током живота била изложена неком од облика насиља. Више од 30% насиља жене не пријаве (из незнања или страха од даљих репресалија од стране починиоца). До сада је за сваку трећу процесуирану пријаву донета осуђујућа пресуда.

2. Трговина људима

Корак даље у насиљу над женама чине организоване криминалне групе које се баве трговином људима. Трговина људима је глобални феномен који погађа како земље у политичкој и економској транзицији, неразвијене земље и земље у развоју, земље у рату и постконфликтне

земље, које се појављују као земље порекла и транзита жртава, али и економски развијеније земље, које се појављују као земље дестинације. Термини „земља порекла”, „земља транзита” и „земља дестинације” нису апсолутне категорије, једна држава може, у конкретним случајевима, имати различите улоге. Такође, економска развијеност и богатство земље дестинације се не могу посматрати независно од ситуације у земљи порекла. Не постоје поуздани и свеобухватни подаци о величини проблема трговине људима, али процене које дају међународне организације и неке националне агенције могу послужити као добар индикатор. Према проценама Уједињених нација, 700.000 деце, жена и мушкараца сваке године постају жртве трговине људима. Као најчешће примењивани механизми контроле над жртвом трговине људима издвајају се:

1. Заточеништво/изолација.

Особама које се налазе у ланцу трговине људима ограничена је слобода кретања. Сваки њихов излазак се пажљиво прати и не дозвољава им се да ступају у контакт са непознатим људима. Ономогућен им је контакт са породицом, често су изоловане, због чега постају зависне од трговца. Трговцима одговара ова ситуација, па и настоје да код особа које злостављају и експлоатишу јачају осећај изолованости и зависности да би их уверили да се налазе у ситуацији у којој не могу да очекују помоћ од других, а понајмање од државних органа, пре свега полиције.

2. Претња и употреба насиља/изазивање страха

Трговци људима се користе насиљем и/или претњом насиљем као делотворним средством контроле. Жртве се често туку и силују, ограничавају у кретању, држе у дужевременској изолацији, лишавају хране и воде, дрогирају и муче оштрим предметима и цигаретама, а све у намери да се покоре.

3. Употреба и претња репресалијама према жртвиној породици

Свакако једна од најделотворнијих претњи је претња насилним репресалијама према лицима која жртва воли, то јест њеним најближима, као и претња њој самој. У много случајева, трговци људима настоје да сазнају тачне податке о породици жртве или лицима која су јој блиска. То може бити интерни надимак блиског члана породице или адреса неког другог блиског лица. Већ сама претња омогућава контролу над жртвом, стога није нужно да трговац људима располаже баш свим подацима о жртвиној породици.

4. Дужничко ропство - обавеза враћања дуга

Један од примарних механизма контроле је обавезивање због задужености, који подразумева да се од жртве тражи да врати често вишеструко преувеличане трошкове, наводно искрсле због довођења

жртве у одредишну земљу или наводне друге трошкове које је трговац имао због ње за храну, одећу, шминку... При томе им се обећава да ће наводно бити у могућности да оду чим тај дуг отплате.

Економска несигурност и дискриминација жена један је од главних узрока трговине људима, на шта указује и тачно утврђен геополитички правац њеног ланца: земље порекла су углавном слабије развијене земље источне и југоисточне Европе, док су најчешће дестинације економски развијене државе Запада и северне Европе. У друштвима која се налазе у процесу транзиције или тек улазе у њега, женска популација је прва која се налази на удару таласа незапослености.

Такозвана „феминизација сиромаштва”, карактеристична за ова друштва, подразумева слабу женску заступљеност и дискриминацију на тржишту рада - маргинализацију на слабо плаћеним радним местима, нижа примања у односу на мушкарце, немогућност напредовања на послу, итд. препреке и дискриминација су видљиве већ у самом процесу запошљавања. За многе жене интервју за посао представља прави информативни разговор о брачном статусу, плановима за будућност, евентуалном рађању деце, кроз који мушкарци никада не пролазе.¹

У Србији жене чине већину незапослених, како према подацима Националне службе за запошљавање, тако и према Анкети о радној снази. Иако се та разлика смањила у периоду 1990-2001, она последњих година опет бележи растући тренд. Подаци из Анкете о радној снази из октобра 2006. године показују да стопа незапослености жена износи 24,7%, у поређењу са 17,9% за мушкарце, што представља повећање у поређењу са стопом незапослености жена од 22,9% из 2004. године. Осим тога, на тржишту рада у Србији веома је изражена сегрегација занимања, тако да се жене обично баве пословима који су сами по себи мање плаћени, а повећање концентрације жена у неким занимањима или њихово присуство на вишим положајима често указује на смањивање зарада и друштвеног утицаја тих занимања. Према подацима Републичког завода за статистику из 2002. године, само 44 жене на 100 мушкараца су обављале функцију законодавца, менаџера или функционера, иако је међу стручњацима било 112 жена на 100 мушкараца. Истовремено, жене имају релативно велико учешће у сивој економији, у коме су мање заштићене од сексуалног узнемиравања и експлоатације и где је распон у платама између мушкараца и жена већи.²

Да економска и друштвена маргинализација жена представљају најчешће узроке трговине женама и женске миграције илуструје податак

¹ *Ibid.*, стр. 12.

² *Ibid.*, стр. 13.

добијен анализом случајева жена жртава трговине у три западноевропске земље - Италији, Белигији и Холандији током 2001. године. У Италији, 92,40% идентификованих жена жртава живело је у земљи порекла са породицом, радно искуство имало је њих 68,75%, док је 58,75% жена живело на граници сиромаштва. Најчешћи мотив за прихватање понуде особа које су их врбовале у земљи порекла био је посао (35%), те новац за основне потребе (30%) и новац за породицу (23%). Једна од околности коју трговци женама искоришћавају јесте неинформисаност, нарочито млађих жена, о реалности миграција у западноевропске земље - оне не знају или знају врло мало о условима живота и рада у земљама Европске Уније. Не знају која су им права, да ли и како могу добити легалне радне дозволе, да не могу радити легално са туристичком („Шенген“) визом и нису свесне свих опасности рада на „црном“ тржишту рада.³

Разлози које смо набројали су индивидуални, али у окружењу у коме особа живи, такође постоје околности које могу додатно утицати на могућност да постанемо жртва трговине људима, и то ако је земља у којој живимо: сиромашна, у ратном сукобу, у транзицији, изузетно патријархална.⁴ Особа која је преживела трговину људима у свом очају често себи поставља питање: Зашто се то догодило баш мени?⁵ Трговина људима одређује се као: „врбовање, превозење, пребацивање, скривање и примање лица, путем претње силом или употребом силе или других облика присиле, отмице, преваре, обмане, злоупотребе овлашћења или тешког положаја, давања или примања новца или користи да би се добио пристанак лица које има контролу над другим лицем, у циљу експлоатације. Експлоатација обухвата, као минимум, експлоатацију проституције других лица или друге облике сексуалне експлоатације, принудни рад или службу, ропство или однос сличан ропству, сервитут или уклањање органа.”⁶

3. Кривична дела против полне слободе и ризик од дискриминације

Кроз историју правних наука, постојала су различита гледишта и схватања појма и природе кривичних дела против полне слободе и силовања као најтежег кривичног дела из ове групе, која су чак доводила у питање друштвену опасност силовања и негирала могућност да је до тог кривичног дела могуће доћи. Према једном од схватања, када је реч

³ *Ibid.*, стр. 14.

⁴ *Ibid.*, стр. 13 <http://www.iskra.org.rs/> 04.07.2016.

⁵ И. Корићанац, Трговина људима, траума и психотерапија, Зборник радова трговина људима, траума и психотерапија, НВО АСТРА, Београд, 2013, стр. 16.

⁶ Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала, 2000.

о појму дела, силовање није могуће извршити пошто се просто физички до краја не би могло спровести без одређених услова и да је сумњива могућност силовања женске особе која се озбиљно противи. По другом схватању, полази се од тога да свака жена иако бива принуђена на полни акт, због својих физиолошких одлика мора уживати у њему, па да тиме због тог уживања пристаје на њега. Најзад постоји схватање да оно није неморално и у таквој мери друштвено неприхватљиво понашање, пошто оно има основ у урођеним психобиолошким карактеристикама полова. Изразит представник овог схватања био је Сигмунд Фројд.⁷ Нека од схватања говорила су о кривици и доприносу жена извршењу овог кривичног дела. Свакако да ове тврдње нису биле научно утемељене и савремена правна наука потпуно је напустила ова данас апсолутно неприхватљива гледишта о природи и улози жене у кривичном делу силовања, која су одбачена и у криминолошкој и виктимолошкој научној мисли.

На порталу „Буди своја“ истакнуто је пет најчешћих заблуда о силовању, као чињенице које их оспоравају:⁸

Заблуда 1: „Силовање је последица неконтролисаног сексуалног нагона који има силоватељ”.

Чињенице: Силовање није чин страсти и неиздрживе сексуалне жеље. Силовање је чин насиља, а не сексуални чин. Силовање је израз жеље да се жена повреди и понизи, користећи секс као оружје. Силоватељев циљ је да понизи жену и да јој потпуно одузме личну моћ. То је доказивање моћи и контроле, а не сексуалности. Већина силоватеља има сексуалну партнерку или приступ партнеркама за секс уз пристанак. Такође, у 70% случајева сексуално насиље је планирано што говори у прилог томе да се не ради ни о каквој неконтролисаој сексуалној жељи. Заблуда да је силовање последица неконтролисаног сексуалног нагона углавном се заснива на идеји да су мушкарци по природи слаби у контроли својих сексуалних нагона (свакако слабији од жена). То је неистина. Предрасуда да је мушкарцима потребнији секс више него женама је врло раширена, али и неистинита, а мушкарци и жене су у једнакој мери способни да контролишу своје сексуалне импулсе.

Заблуда 2: „Испровоцирала га је, сама је тражила то што је добила,” зато што се понашала заводљиво, изгледала „провокативно“, зато што је била непажљива, пијана, дрогирана, итд. само такве, „лоше“ девојке/ жене, буду силоване.

⁷ М. Вуксановић, Криминалитет насиља – силовање – мастер рад, Универзитет у Нишу, Правни факултет, Ниш, 2014, стр. 17-18.

⁸ Izvor: <http://www.budisvoja.rs> 03.07.2016.

Чињенице: Ниједна особа не тражи да буде злостављана, повређена или понижена. Овакав начин размишљања оптужује жртву за оно што јој се догодило, уместо насилника који је починио злочин. Особе свих старосних доба, из свих друштвених слојева, различитог изгледа и понашања бивају мете сексуалног злостављања. Ниједна од њих није “изазвала” своје нападачи да почине злочин. Истраживања ставова ученица и ученика средњих школа у нашој земљи показују да 51 % девојака и 58% младића верује да је „жена која се изазовно облачи сама крива ако постане мета напада». Међу жртвама насиља, управо се на жртве силовања гледа са највећом дозом сумње и неверице. Један од разлога зашто некад и жене деле овакав став, јесте тај што желе да верују да су безбедне и да живе у безбедном свету, и да њима не може да се деси да буду силоване, за разлику од тих, других жена, које не пазе, завлаче мушкарце, облаче се провокативно... Често се мисли да неке жене тајно уживају у томе да буду силоване. Ниједна жена/дете/мушкарац не уживају у томе да буду жртва силовања. Једини начин на који жртва доживљава силовање је као насиље, као огромну емотивну трауму и као потенцијално животно угрожавајуће искуство. Ниједна особа на свету не жели да буде силована. Одговорност и кривица су увек и једино насилникови.

Заблуда 3: Када би жене престале да пију, не би биле лаке мете сексуалних злостављача. Чињеница: Алкохол је оружје које неки силоватељи употребљавају да би контролисали своје жртве и да би их учинили немоћним. Као део свог плана, силоватељ ће охрабривати жртву да пије, или ће идентификовати особу која је већ пијана. Алкохол није узрок силовања, то је само једно од многих оружја које силоватељи користе. Силовање би се десило и да није било конзумирања алкохола.

Заблуда 4: Ако се жртва није физички супротставила или борила са нападачем, то није било силовање. Чињеница: Непостојање видљивих повреда и трагова борбе често се доживљава као недостатак видљиве одбране и самим тиме пристанак. У скоро 90% случајева силовања укључена је претња по живот жене или њој блиске особе, а у 50% случајева укључена је претња оружјем. Претње и присутност страха често блокирају жртву. Жртве се често не супротстављају насилнику из више разлога: пре свега се могу плашити да ће додатно разљутити нападача што би могло резултирати тежим повредама или смрћу, дакле сматрају да је то бољи механизам преживљавања. Осим тога, могу бити свесне да немају довољно снаге нити вештине да се одбране. Такође, једна од честих реакција у оваквим ситуацијама јесте шок и својеврсна паралисаност у којој жртве не могу нити да се помакну нити да позову у помоћ. То не значи да су дале пристанак починитељу. У законима неких

држава силовање је дефинисано управо као “непостојање пристанка”, односно није неопходно да се жртва физички супротставила насилнику да би се то сматрало силовањем. Шта год да је особа урадила у том тренутку, урадила је најбоље могуће, јер је то био начин да преживи. Свака особа која је доживела силовање урадила је најбоље што је могла како би преживела.

Заблуда 5: Жене често лажно оптужују мушкарце за силовање. Чињеница: Напротив, управо супротно је истина. Према подацима ФБИ-а, број лажних пријава за силовање и сексуално злостављање није већи од броја других лажно пријављених кривичних дјела (крађа, провала, покушаја убојства) и износи око 2%. Жене ретко пријављују силовање зато што се између осталог плаше да им нико неће веровати.

Треба нагласити да је силовање негација не само слободе самоопредељења у полном погледу, већи и свих других вредности из личне сфере живота једне жене. Њено достојанство је нарушено повредом њене части као људског бића и посебно полне части.⁹ Сексуално насиље укључује сваки физички, визуелни, вербални или сексуални чин који је, у вријеме кад се догодио или накнадно, жена или девојка доживела као претњу или напад, и који ју је повредио или деградирао, и/или у којем јој је одузета контрола у интимном контакту.¹⁰

4. Полиција и рад са жртвама силовања

Специфичност полицијске културе и неке генерализације својствене полицијској култури могу бити од значаја за лош однос или третман жртве сексуалног напада. Полицијске организације су хијерархијски организоване и имају тенденцију да у њима доминирају мушкарци, а хапшење криминалаца се доживљава као примарни задатак полицијског посла.¹¹ Често је већина полицијских обука фокусирана на емоционалну искљученост,¹² јер се саосећање са жртвом може посматрати као

⁹ Н. Мемедовић, Слобода личности, полни моралињихова кривичноправна заштита, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, број 7, Београд, 1975. стр . 349.

¹⁰ Сексуално насиље разумевање искуства трауме, Аутономни женски центар, Београд, 2009, стр. 4-5

¹¹ М. Dodge, L. Valcore, D. A. Klinger, (2010) Maintaining separate spheres in policing: Women on SWAT teams. *Women and Criminal Justice*, 20 (3), 218–238.

¹² Milne, R., & Bull, R. (2007). *Investigative interviewing: Psychology and practice*. New York: Wiley and Sons.

одступање од објективности у полицијском раду.¹³ Полицијски рад је често стресан, па поједини припадници полиције су кроз своје обуке и стручно усавршавање усвојили тактику брзог ватрепитајућег стила испитивања који оставља мало времена да жртва елаборира комплетан догађај.¹⁴

Полицајци услед преоптерећености у раду или стереотипа и предрасуда могу у интензивном испитивању у вези са околностима кривичног дела силовања тражити недоследности и испитивати жртву о томе, не водећи рачуна да је она у стању специфичне психотрауматске ситуације, те да се не може одмах присетити свих околности догађаја. Полицијски службеници током испитивања не смеју користити застрашујуће положаје и тонове, излагати жртве унакрсном испитивању или показати недостатак флексибилности. Прекиди, сталан говор и асоцијације испитивача, негативна формулација питања могу бити уобичајени проблеми у комуникацији са оштећеном. Сама одлука оштећене да пријави насилника и силоватеља са собом носи ризик од секундарне виктимизације и представља веома тежак корак за жртву којој се мора приступити са нарочитом пажњом и саосећајношћу, али и задржаном објективношћу.

Препоруке полицијским службеницима о начину прикупљања почетних сазнања од жртве:

- а) Одмах о догађају известити стручно оспособљеног полицијског службеника за сексуално насиље који ће се укључити што раније у провођење извода и преузети даље поступање и координацију.
- б) Жртву сместити у прикладну просторију.
- ц) Почетна сазнања од жртве прикупља један полицијски службеник којег одреди надлежни руководицац. Почетна сазнања кад год је то могуће, односно уколико исто није повезано са знатном одгодом поступања, прикупља стручно оспособљен полицијски службеник за сексуално насиље.
- д) У циљу заштите жртве потребно јој је осигурати приватност током прикупљања обавести и удаљити остале полицијске службенике из

¹³ Jordan, J. (2001). Worlds apart? Women, rape and the police reporting process. *British Journal of Criminology*, 41 (4), 679–706. Jordan, J. (2002). Will any woman do? Police, gender and rape victims. *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, 25 (2), 319–344.

¹⁴ Epstein, J., & Langenbahn, S. (1994). *The criminal justice and community response to rape, issues and practices in criminal justice series*. Washington, DC: National Institute of Justice, U.S. Department of Justice.

простора у којему се прикупљају почетна сазнања.

е) Потребно је узети у обзир да је жртва управо у првим тренутцима после почињења сексуалног насиља у врло тешком психичком стању и да јој је потребно пружити потпору и разумевање. Жртва из невербалног понашања полицијског службеника не сме осетити неверицу, неодобравање, непријатељство те осуду због оног што јој се догодило.

ф) О прикупљеним обавештењима одмах обавестити надлежног државног адвоката ради даље координације у поступању.¹⁵

Задаци стручно оспособљеног полицијског службеника/це за сексуално насиље и адвоката у погледу заштите жртве:

а) Водити и координирати криминалистичко истраживање и поступање према жртви.

б) Муњевитом организацијом криминалистичког истраживања омогућити убрзано издавање налога за провођење потребних доказних радњи, прије почетка поступања жртву упутити у њена права и објаснити јој које ће се радње подузети и због чега су те радње потребне, спречити непотребно понављање радњи (разодијевање жртве, опћи тјелесни, гинеколошки и други потребни специјалистички преглед, фотографирање, изузимање одевних предмета, трагова, брисова, неспорних узорака, позивања у просторије полиције) те упутити полицијске службенике и/или истражитеље који их проводе да се понашају посебно обзирно и не дискриминирајуће према жртви.

ц) Уколико ће полицијски службеник - истражитељ по налогу државног тужиоца спроводиће одређене доказне радње, настојати да за истог буде именован полицијски службеник за сексуално насиље - истражитељ који је у истом предмету већ поступао према истој жртви.

д) При комуникацији са жртвом треба онемогућити непотребну додатну виктимизацију виšekратним испитивањима полицијских службеника (шеф смене, службеници, екипе за очевиде, полицијски службеници који обављају криминалистичко - техничке послове, превозење, службеник за израду фото цртежа, службеник који спроводи препознавање и слично) и стигматизацију у социјалној средини где живи (превозење у возилу које има полицијска обележја,

¹⁵ Протокол о поступању у случају сексуалног насиља, Уред за равноправност полова Владе Републике Хрватске, Загреб, 2014, стр. 18

службеници у униформи и сл.).

е)Обављати детаљан информативни разговор са жртвом по правилима струке.

ф)Упознати жртву с могућностима добијања стручне помоћи ради заштите физичког и психичког здравља.¹⁶

Специфичности разговора са жртвом:

а) Стручно оспособљени полицијски службеник за сексуално насиље мора узети у обзир доб жртве, физичко и психичко стање жртве, начин почињања сексуалног насиља, настале последице и сукладно томе прилагодити технике обављања информативног разговора (уважавање трауматског искуства жртве, давање потпоре, избегавање предрасуда, успостављање поверења, упораба терминологије примерене и разумљиве жртви, дужина трајања разговора и слично).

б) Прикупљање информација везаних за интиму жртве мора се спровести са посебном пажњом, жртва није дужна одговарати на питања која се односе на њен строго лични живот.

ц) Ако постоји могућност, допустити жртви избор да с њом информативни разговор обави полицијска службеница,

д) Зависно од специфичних потреба жртве, затражити помоћ специјализованог стручњака (доб, недовољни душевни развитак, глувонемост, непознавање језика и слично).

е) Допустити да разговору присуствује особа у коју жртва има поверења и у чијем се присуству осећа сигурно - ако не омета ток разговора.

ф) Омогућити представницима организација цивилног друштва контакт са жртвом у вези са пружањем додатне подршке жртви ако је жртва с тим сагласна или то захтева.

Заштита идентитета жртве сексуалног насиља: Полицијски службеници који спроводе истрагу дужни су осигурати заштиту идентитета жртве сексуалног насиља од самог почетка криминалистичког истраживања. Не смеју се јавно објавити подаци темељем којих би се могао утврдити идентитет жртве. Полиција је дужна пружити жртви потребну заштиту складно сигурносној процени о постојању озбиљне опасности од понављања сексуалног насиља, угрожавања здравља и живота жртве те могућих накнадних утицаја извршиоца на њен исказ.¹⁷

¹⁶ *Ibid.*, стр. 19

¹⁷ *Ibid.*, стр. 20

Пример: Први разговор у полицији у Београду био је непријатно искуство за једну жртву трговине људима. Иако је поменула да је истог дана разговарала са више полицајаца, међу којима су биле и жене, Аниту је испивао инспектор мушког пола. Било јој је посебно непријатно када је причала о силовању које је доживела јер је подсећање и причање о том искуству за њу било веома тешко. Упркос томе, све је испричала: „Уместо да ме питају да ли ми се нешто догодило, да ли сам добро, они су ме питали да ли сам узимала дрогу, зато што су опазили моје подочњаке и рите које сам имала на себи (а које сам добила у дому у Италији). Сматрам да ме нису третирали са поштовањем. Подочњаке сам имала зато што данима нисам спавала. Ипак, одговорила сам на сва питања, али дрско.“⁴

5. Изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости

Основни облик овог кривичног дела састоји се у изазивању или распаљивању националне, расне и верске мржње, раздора или нетрпељивости међу народима и националним мањинама у Републици Србији. Имајући у виду да је Република Србија мултиетничка и мултиконфесионална држава са свим својим специфичностима, актуелном ситуацијом са азилантима може се очекивати да ова кривична дела у будућности буду у порасту.

Са криминалистичког аспекта битно је разликовати суштину радњи изазивања и распиривања. Под изазивањем се подразумева стварање мржње или раздора на националној, расној или верској основи између појединих припадника народа и националних мањина и то тамо где она не постоји, док распаљивање треба посматрати као повећање интензитета ове мржње или раздора, уколико та мржња или раздор код појединих припадника народа или националних мањина већ постоји.

Присутност и учесталост кривичног дела изазивање националне, расне или верске мржње, раздора и нетрпељивости често је у зависности од актуелне друштвено-политичке ситуације и испољава се у вишенационалним срединама на просторима наше државе. Учиниоци овог кривичног дела прате ситуацију и бирају најпогоднији тренутак да разним потцењивањем, вређањем, омаловажавањем, принудом, злостављањем, угрожавањем, излагањем порузи, оштећењем, скрнављењем, па чак и злоупотребом положаја или овлашћења према једном од народа и националних мањина, покушају да изазову мржњу,

¹⁸ M. Lindgren, V. Nikolić-Ristanović, *Žrtve kriminaliteta – Međunarodni kontekst ii situacija u Srbiji*, OEBS, Beograd, 2011, str. 111.

раздор или нетрпељивост у односу на други народ или националну мањину који живе на територији Републике Србије.

Као пример извршења овог тежег облика поменутог деликта, навешћемо део образложења које је Апелациони суд у Београду изнео у пресуди КЖ.І бр. 4757/11: „Двојица окривљених су као саизвршиоци извршили ово кривично дело на јавном скупу – концерту у оквиру манифестације „Мој град Београд“, злостављањем и угрожавањем сигурности и изазвали националну мржњу и нетрпељивост према јеврејској националној заједници, на тај начин што је првоокривљени пришао оштећеном, држављанину Израела, питао га на елглеском језику „одакле је“, па када му је овај одговорио да је из Израела, даље је рекао „ти си јebene Јеврејин“ и почео да узвикује „Аушвиц, Аушвиц и Биркин Ау“, потом је ухватио за руку оштећеног и повукао га у страну, те позвао другоокривљеног који се налазио у непосредној близини да приђе, говорећи му да је оштећени Јеврејин, те су обојица наставили да узвикују „Аушвиц и Биркен Ау“, у ком тренутку је пришао сведок обративши се окривљенима речима „да је то његов друг и да га оставе на миру, да им ништа није урадио“, а окривљени су наставили са псовкама и изговарали речи на енглеском „да све Јевреје треба побити и шта он тражи у овој земљи и да више у њу не долази“, након чега су им пришла два Н.Н. лица и телима и рукама спречавали оштећеног и сведока да се удаље, ударајући по телу и глави оштећеног и када су оштећени и сведок покушали да се отргну и побегну, другоокривљени је ударио у пределу левог ока оштећеног и нанео му лаку телесну повреду.“ На основу представљеног дела образложења, јасно је да су окривљени извршили кривично дело изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости из чл. 317. ст. 2., а, како то Апелациони суд у својој пресуди наводи, у вези са ставом 1. овог члана, 174 у вези члана 33. КЗ-а.^{19, 20}

¹⁹ С. Динић, Заштита уставног уређења и безбедности Републике Србије – кривичноправни аспект, докторска дисертација, Привредна академија Нови Сад, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2015, стр. 157-158. Видети: *(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж.І бр. 4757/11 од 29. марта 2012. године и пресуда Вишег суда у Београду К.бр. 1418/10 од 09. јуна 2011. године)*

²⁰ О историјском контексту ограничења права Јевреја на нашим просторима, видети опширније у: Ж. Лазић, М. Магијашевић, Увод у смрт – *numerus clausus* 1940. године и ограничавања права Јевреја у Краљевини Југославији, Академија за националну безбедност, ЈП „Службени гласник“, Београд 2016.

Као учиниоци овог кривичног дела могу се јавити појединци, индивидуално инспирисани разним доктринарним и другим садржајима који пропагирају мржњу или групе основане са циљем пропагирања мржње или одређене идеологије. Посебну опасност представља извршење овог кривичног дела од стране организованих група. Класичан већ поменути је пример из децембра 2014. године када су се у поштанским сандучићима појединих грађана током викенда појавили леци којима се отворено позива на истребљење и насиље над Ромима, у летку под насловом: „Србине, организуј се, заштити своје ближње и свој завичај,“ са потписом организације Србска акција.²¹

У Србији је последњих година примећено јачање десничарских група и екстремних верских група, чија делатност може водити у насилни екстремизам и друга тежа кривична дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије.

Насилни екстремизам, у најширем смислу представља негирање демократије и људских права и представља један од најтежих облика кршења људских права загарантованих међународним конвенцијама. Радикализација, уколико није повезана са насиљем или другим незаконитим радњама, као што је подстрекавање мржње, не представља пријетњу друштву. Међутим, радикализација често води ка примени насиља, тероризму или другим законом забрањеним радњама, као средствима за постизање циљева, а које представљају озбиљну претњу за друштво.²²

Радикализација не представља претњу друштву уколико није повезана са насиљем или другим незаконитим радњама, као што су подстрекавање мржње, како се законски дефинише у складу са међународним правом људских права. Терористичка радикализација је динамичан процес у којем особа почиње да прихвата терористичко насиље као могући, можда чак и оправдан правац деловања. Услови који погодују тероризму, препознати на нивоу УН и ОСЦЕ-а, укључују „дуготрајне нерешене конфликте, дехуманизацију жртава тероризма у свом својим облицима и манифестацијама, недостатак владавине права, кршење људских права, етничка, национална и верска дискриминација, политичка искљученост, социјално-економска маргинализација и непостојање квалитетне управе. Не постоји јасан пут који води ка тероризму и нема конзистентне групе фактора који воде ка терористичкој радикализацији. Профили израђени на стереотипним претпоставкама базираним на

²¹ Извор: <http://www.blic.rs/vesti/drustvo/skandalozno-leci-protiv-roma-u-beogradu-i-drugim-gradovima-srbije> 11.04.2016.

²² Влада Црне Горе, Министарство правде, Стратегија сузбијања насилног екстремизма, Подгорица, децембар 2015, стр. 3.

верској, „расној“, етничкој припадности, сексуалној опредељености, социјално-економским статусом итд. нису само дискриминаторни, већ и неделотворни. Сваки случај терористичке радикализације резултира из јединственог пресека окружења које га омогућава и личне путање и психологије датог појединца..²³

Ризик од претераног ослањања на полицијске службенике који раде у заједници: Полицијски службеници који раде у заједници неће увек поседовати стручност и вештине службеника који раде у антитерористичким јединицама и од њих то не би требало ни очекивати. Они стога можда неће увек бити у стању утврдити и препознати одређене радње, понашање и информације са којима долазе у додир као релевантне или значајне за спречавање тероризма.²⁴ Из тог разлога потребно је успоставити усклађен и ефективан однос између тимова који раде у заједници и антитерористичких јединица. Међутим, њихове улоге не би требале бити нејасне и обе стране требају препознати вештине и знања којим друга страна доприноси заједничком раду на очувању сигурности грађана.

Ризик од стигматизације одређених заједница због селективног ангажовања: Постоји значајан ризик у активностима ангажовања које су усмерене на одређене заједнице. Таквим активностима може се створити или учврстити схватање да се ради о „проблематичним заједницама“ које су подложније тероризму од осталих. Полиција би требала изградити кредибилне, одрживе и недискриминаторне планове ангажовања којима се укључују све заједнице или групације у оквиру заједница како би се умањило овај ризик. Стигматизација одређених заједница или групација може довести до отуђења и на крају се показати као контрапродуктивна у мобилизацији свих сектора друштва и развијању партнерског односа са њима у циљу спречавања тероризма.

Ризик од секуритизације односа са заједницама: Активно ангажовање одређене заједнице да са полицијом сарађује на спречавању тероризма носи ризик од свођења интеракције између државних органа и дате заједнице на борбу против тероризма, било реално или само у виду перцепције јавности. То за резултат може имати престанак учешћа припадника те заједнице или њихово избегавање интеракција са полицијом. Спречавање тероризма се не може сводити само на рад

²³ Sprečavanje terorizma i suzbijanje nasilnog ekstremizma i radikalizacije koji vode ka terorizmu: Pristup kroz rad policije u zajednici, Organizacija za evropsku sigurnost i saradnju (OSCE) Beč, mart 2014. godine, str. 41.

²⁴ М. Matijašević, Ž. Lazić, Pojam i odlike krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije, Zbornik radova studenata doktorskih studija prava, Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu, Niš 2016.

полиције: оно се мора проводити заједнички са осталим државним органима. Исто тако, интеракција државе, укључујући и полицију, са заједницама се не би требала сводити на борбу против тероризма: она би требала обухватити широк спектар питања и потреба које су значајне за различите заједнице у друштву.

Ризик од коришћења рада полиције у заједници за шпијунирање заједница: Сврха рада полиције у заједници није усмеравање полицијског деловања против одређених заједница. Постоји опасност од евентуалног коришћења или перцепције одређених иницијатива у оквиру рада полиције у заједници као покрића за специјалне операције чији је циљ прикупљање обавештајних података, праћење и надзор одређених заједница. Такве ситуације не само да могу довести до кршења људских права и основних слобода већ такође могу испровоцирати снажну реакцију заједница, изостанак јавне подршке борби против тероризма те значајно угрозити поверење у полицију, нарочито у оне службенике који раде у заједници.

Ризик за појединце који сарађују са полицијом: Међу припадницима заједнице могу владати различита мишљења о томе да ли треба сарађивати са полицијом или не. Неки могу сматрати да то није у интересу заједнице, па чак и да то представља чин издаје. Припадници заједнице који сарађују са полицијом, чак и уколико нису сами тражили ту врсту контакта, могу бити негативно схваћени од стране других припадника заједнице. То може довести до неодобравања, избегавања, застрашивања те, евентуално, чак и до физичког напада на особу са којом полиција сарађује. Полиција би требала проценити и имати у виду те ризике приликом одлучивања о најбољем начину да се неко ангажује, евентуалним савјетима који се могу дати и мерама предострожности које је потребно предузети, укључујући и мере од стране саме полиције, како би се осигурала лична сигурност датог појединца.

Ризик од ненамерног стварања слике да полиција подржава одређеног појединца или групу: Заједнице могу бити врло разнолике, фрагментирани, па чак и подељене. Одређени појединци или групе могу бити виђени као заступници одређених интереса или идеја. Постоји опасност да полиција, кроз сарадњу са њима, створи слику да тим појединцима или групама даје предност или да их подржава на уштрб других, чиме могу изазвати отуђивање других припадника заједнице или других заједница. Из тог разлога неопходно је пажљиво поступање засновано на познавању заједнице и њене динамике као и отворен дијалог са различитим припадницима заједнице и транспарентност у погледу циља полиције. Полиција би посебно требала водити рачуна да унапред

испланира начин сарадње са појединцима или групама којим се не жели дати платформа или легитимитет.²⁵

6. Насиље и недолично понашање на спортским приредбама

Деценијама су навијачи изазивали нереде на терену и ван њега у готово свим земљама и срединама, где се игра фудбал.²⁶ Насиље и недолично понашање на спортским приредбама представља озбиљан друштвени проблем, у корену овог насиља могу се јавити мотиви засновани на дискриминаторским основама или ставовима. Мржња према некоме зато што је друге боје коже, националне припадности или вероисповести. На спортским теренима широм Србије често се могу видети поруке мржње и нетрпељивости. У чл. 4. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, под насиљем и недоличним понашањем на спортским приредбама, у смислу овог закона, сматра се нарочито:

- 1) физички напад на учеснике спортске приредбе;
- 2) физички обрачун између учесника на спортској приредби;
- 3) бацање на спортски терен или у гледалиште предмета који могу да угрозе живот, физички интегритет лица или имовину;
- 4) изазивање мржње или нетрпељивости која може да доведе до физичких сукоба учесника;
- 5) оштећивање спортског објекта, опреме, уређаја и инсталација на спортском објекту на коме се одржава спортска приредба;
- 6) изазивање нереда приликом доласка, односно одласка са спортског објекта или у спортском објекту, ремећење тока спортске приредбе или угрожавање безбедности учесника спортске приредбе или трећих лица;
- 7) неовлашћени улазак на спортски терен;
- 8) неовлашћени улазак у службене просторије и службене пролазе спортског објекта на коме се одржава спортска приредба;
- 9) уношење у спортски објекат и употреба алкохола или других опојних средстава;
- 10) уношење у спортски објекат односно коришћење пиротехничких средстава и других предмета и средстава којима може да се угрози безбедност учесника у спортској приредби или омета њен ток;

²⁵ Sprečavanje terorizma i suzbijanje nasilnog ekstremizma i radikalizacije koji vode ka terorizmu: Pristup kroz rad policije u zajednici, Organizacija za evropsku sigurnost i saradnju (OSCE) Већ, mart 2014. godine, str. 95-96.

²⁶ Ж. Миленовић, Образовање у функцији насиља навијачких група на фудбалским утакмицама, Безбедност 1/2012, Београд, стр. 8

11) неовлашћени улазак у део гледалишта спортског објекта који је намењен противничким навијачима.²⁷

За разумевање насиља у вези са спортским приредбама веома су важна и криминолошка истраживања која за предмет изучавања имају удруживање малолетника и млађих пунолетних лица у групе, које су склоне криминалном и насилном понашању. Млади су у оквиру групе агресивнији и спремнији да изазову нереде и насиље, него њихови вршњаци који нису организовани.²⁸ Понашање навијача је све више организованије са тенденцијом милитаризације.²⁹ У том контексту не може се више говорити о спортским навијачима, већ о хулиганима у чијој је основи култура хулиганизма.

Хулиганизам се не односи само на насиље спортских навијача. Његово значење може бити много шире. У нашем колоквијалном говору, хулиган може бити назив за пропалицу или насилника, а не подразумева нужно насиље којекореспондира са спортским догађајем. У том контексту можемо рећи да се хулиганизам схвата у ширем и ужем смислу речи. Шире схватање хулиганизма указује на понашање које је недолично, обично везано за уличарски стил, који имплицира насиље. Међутим, у ужем смислу речи, хулиганизам је одређен као насилно понашање спортских фанова, тј. екстремних навијача, које се поклапа са одређеним спортским догађајем, најчешће фудбалским утакмицама.³⁰

Хулигане у Србији издваја спремност на насиље. У идеолошком смислу, мешавина су свега и свачега. На делима и речима су шовинисти, али спремно улазе у „савезе“ и склапају „пријатељства“ са хулиганским групама с оне стране границе. Представљају се као традиционалисти, али су статусни симболи којима дају важност с овог света, материјалног. Међу њима има и оних који искрено верују да је протест који изражавају, макар и насилан, ствар личног избора.³¹ Хулигани најчешће немају висок степен образовања, а због прихватања ауторитета и хијерархије веома су погодни за манипулацију и могу бити злоупотребљени од стране разних екстремних група. По неписаним правилима, чим се такве групе окупе, оне одмах почну да демонстрирају различите облике насилничког

²⁷ Члан 4. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама

²⁸ Млади и хулиганизам на спортским приредбама, ОЕБС, Министарство просвете, науке и технолошког развоја, Фидуција, Београд, 2013, стр. 8

²⁹ Национална стратегија за борбу против насиља и недоличног понашања на спортским приредбама за период од 2013. до 2018. године (“Сл. гласник РС”, бр. 63/2013)

³⁰ *Ibid.*, стр. 9

³¹ М. Савковић, С. Ђорђевић, На путу превенције насиља на спортским приредбама, Београдски центар за безбедносну политику, Београд, 2010, стр. 15.

понашања и представљају сталну претњу за све веће нереде.³²

Закључак

Имајући у виду изложену материју, као и циљ рада можемо истаћи да је за свако људско бивствовање и деловање неопходно да почнемо од себе самих. На индивидуалном плану морамо константно радити на себи, на свом индивидууму, усавршавати се, тежити да помогнемо себи и другим, да разумемо туђе проблеме, потребе, различитости, да будемо објективни, јер сви смо ми само један сегмент, део система. На вишем организационом и хијерархијском нивоу основ поступања и заштите људских права је етичност и законитост у поступању. Након тога долазе они субјекти унутар система који евалуирају и контролишу наш рад. Најзад, када се исцрпе механизми надзора унутар система, долази спољна контрола, која мора бити мултисекторска и независна, контрола која тежи контроли ради унапређења рада и функционисања система, а не контроли ради саме контроле. Рецепт је у партнерском односу са друштвом и заједницом, јер нам је свима заједнички циљ, боље и безбедније друштво, коначно ту су и они који ће оценити рад и деловање система, контролисати га и усмеравати.

Треба истаћи да је управо кључ успешне контроле утврђивање система одговорности свих актера у систему безбедности, који мора бити схваћен на следећи начин: Одговорност је, уз остале кључне принципе, демократске изборе, поштовање људских права, владавину права, поделу власти између стубова владе, контролу власти, демократски надзор безбедносног сектора, незаобилазни принцип функционисања демократских држава. Одговорност се превасходно заснива на ваљано успостављеном и организованом командном ланцу. Одговорност подразумева поштовање принципа по коме правила и прописи постоје како би били поштовани, а свако њихово кршење мора бити кажњено. Одговорности се заснива на постојању механизма грађанске контроле и надзора свих безбедносних актера, укључијући у то и оружане снаге и остале „агенције моћи”. Одговорност подразумева постојање низа правила, процедура, метода и ресурса установљених законом како би било осигурано то да контрола и надзор сектора безбедности делотворно и успешно функционишу, као и то да сектор безбедности у потпуности обавља постављене задатке.³³

³² З. Николић, Спорт, млади и насиље, *Теме*, Ниш, бр. 3, (2009), стр. 859.

³³ Алманах о надзору сектора безбедности на Западном Балкану, Београдски центар за безбедносну политику, Београд, 2012, преузето са: <http://www.fb.bg.ac.rs>.

На крају, посебну и личну одговорност носимо сви као појединци, као део друштва, одговорност за све што је урађено и није урађено, управо горе поменути кључ и порука ове монографије јесте да се морамо усавршавати и побољшавати свакодневно, првенствено на индивидуалном плану и тежити да кроз добра дела и разумевање других, разумемо себе, околину, друштво и различитости.

Željko V. Lazić, PhD

Assistant Professor, Academy of National Security, Belgrade

Nebojsa Rangelovic, PhD

Full Professor, Faculty of Law, University in Nis

zeljkolaz@gmail.com necer2611@yahoo.com

CRIMINAL WORKS WITH INCREASED RISK OF DISCRIMINATION

***Abstract:** In this paper, we analyze and point out specific criminal offenses which in their being can carry an increased risk of the occurrence of discrimination against victims by acting police officers and officials, discrimination against public authorities or in the living and working environment. The risk is particularly expressed in several criminal acts, domestic violence, trafficking in human beings, crimes against sexual freedom, provocation of national, racial and religious hatred and intolerance and violence and misbehavior at sports events. The authors try to provide, through theoretical and practical solutions, the model of the treatment of police officers in such crimes with the aim of recognizing and responding to discrimination.*

***Key words:** police, discrimination, treatment, vulnerable.*

KAZNENOPRAVNI ASPEKTI ZLOUPORABE POVJERENJA U GOSPODARSKOM POSLOVANJU

UDC: 343.721:347.711(497.5)

Original Research Paper

Sažetak: Predmet ovog rada je kazneno djelo zloporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju koje predstavlja jedno od ključnih kaznenih djela vezanih za trgovačka društva. Koncipirano je po uzoru na čl.266. njemačkog i čl.155. austrijskog Kaznenog zakona, čime je Republika Hrvatska uskladila svoje nacionalno kazneno zakonodavstvo s međunarodnim dokumentima EU. Slovi za jedno od najsloženijih kaznenih djela iz područja gospodarskog kriminaliteta jer obuhvaća kaznena djela nesavjesnoga gospodarskog poslovanja, zloporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju i sklapanja štetnog ugovora. Sudovi su dužni utvrditi postoji li pravni kontinuitet između navedenih ukinutih i novih kaznenih djela te primijeniti zakon koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja djela ili novi, u slučaju da je blaži za počinitelja. U radu je istražena sudska praksa u pogledu kaznenog djela zloporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju te napravljena analiza prijavljenih, optuženih i osuđenih osoba za navedeno kazneno djelo. U skladu s provedenim istraživanjem sudske prakse i analiziranim zakonskim odredbama, dati su mogući prijedlozi de lege ferenda.

Ključne riječi: kaznenopravni aspekti, zloporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju, gospodarski kriminalitet.

1. GOSPODARSKI KRIMINALITET

Tek donošenjem novog Kaznenog zakona 2011. godine,¹ kao i njegovim izmjenama i dopunama 2012, 2015, 2017. i 2018. godine,² u potpunosti su

* Znanstveni suradnik na Katedri za kazneno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

¹ Bivši Kazneni zakon (KZ/97), NN, br. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08

² Kazneni zakon, NN br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18.

inkriminirana kaznena djela protiv gospodarstva. Gospodarska kaznena djela propisana su u XXIV glavi Kaznenog zakona. Naime, sve do tada nije postojala jedinstvena definicija koja se sva kaznena djela smatraju kaznenim djelima protiv gospodarstva odnosno koja kaznena djela spadaju pod pojam gospodarskog kriminaliteta. Zakonodavac je proteklih godina, usklađujući svoje nacionalno zakonodavstvo s pozitivnim propisima Europske unije i međunarodnim dokumentima, postepeno uvodio inkriminacije novih kaznenih djela protiv gospodarstva te pobliže razgraničio postojeća kaznena djela u odnosu, na izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, uvedena nova gospodarska kaznena djela.

Gospodarski kriminalitet u velikom broju slučajeva veže se uz pojam kriminaliteta bijelog ovratnika s obzirom da su počinitelji ove vrste kriminaliteta osobe višeg društvenog statusa koje kaznena djela čine u okviru svoje profesionalne djelatnosti. Većina inkriminacija ovih kaznenih djela započinje riječima „*Tko u gospodarskom poslovanju...*“ što nam govori u prilog tezi da ova kaznena djela mogu počinuti samo osobe koje su vezane za gospodarsko poslovanje.³

Postavlja se jedno zanimljivo pitanje kada govorimo o gospodarskom kriminalitetu i gospodarskim kaznenim djelima. Naime, možemo li smatrati identičnim pojmom *kaznena djela protiv gospodarstva*, dakle, gospodarska kaznena djela pojmu *gospodarskog kriminaliteta*. Ukoliko ova dva pojma promatramo s kaznenopravnog aspekta u odnosu na kriminološki aspekt uočiti ćemo određenu distinkciju. Gospodarski kriminalitet je pojam kriminološke naravi koji označava jednu društvenu pojavu, dok s druge strane, pojam gospodarska kaznena djela obuhvaćaju kaznenopravni aspekt. Isto tako, valja naglasiti da je pojam gospodarskog kriminaliteta osjetno širi pojam koji obuhvaća gospodarska kaznena djela.⁴

Kaznena djela protiv gospodarstva u većini slučajeva spadaju u grupu blanketnih kaznenih djela jer je upravo zbog njihove poveznice sa gospodarstvom, nužno poznavanje i drugih specifičnih propisa kao što su Zakon o obveznim odnosima, Zakon o računovodstvu, Zakon o trgovačkim društvima i drugih zakona kojima se uređuje materija iz gospodarskog

³ Više vidi: Božić V, *Prijevara kao kazneno djelo protiv sigurnosti platnog prometa i poslovanja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, 1/2011.

⁴ Vidi Božić V, *Gospodarska kaznena djela u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu s posebnim osvrtom na prijevaru u gospodarskom poslovanju kao najučestalijim gospodarskim kaznenim djelom u sudskoj praksi*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Pravosudna akademija i Institut za uporedno pravo, Zbornik radova - Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 - norma, praksa i mere harmonizacije), Zlatibor, 2016, str.263-279.

Vidi i: Novoselec P, *Uvod u gospodarsko kazneno pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2009., str. 2.

poslovanja. Gospodarska kaznena djela (čl.246.-čl.265.) propisana Kaznenim zakonom Republike Hrvatske su: Zlouporeba povjerenja u gospodarskom poslovanju (čl.246), Prijevvara u gospodarskom poslovanju (čl.247), Povreda obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga (čl.248) , Prouzročenje stečaja (čl.249), Pogodovanje vjerovnika (čl.250), Primanje i davanje mita u postupku stečaja (čl.251) , Primanje mita u gospodarskom poslovanju (čl.252), Davanje mita u gospodarskom poslovanju (čl.253), Zlouporeba u postupku javne nabave (čl.254), Zavaravajuće oglašivanje (čl.255), Utaja poreza ili carine (čl.256), Izbjegavanje carinskog nadzora (čl.257), Subvencijska prijevara (čl.258), Zlouporeba povlaštenih informacija (čl.259), Zlouporeba tržišta kapitala (čl.260), Neovlaštena uporaba tuđe tvrtke (čl.261), Odavanje i neovlašteno pribavljanje poslovne tajne (čl.262), Nedoizvoljena proizvodnja (čl.263), Nedoizvoljena trgovina (čl.264) i Pranje novca (čl.265).

Novim Kaznenim zakonom uvedene su značajne promjene u pogledu gospodarskih kaznenih djela. Prije svega, uvedeno je kazneno djelo *zlouporebe povjerenja u gospodarskom poslovanju* po uzoru na njemački kazneni zakon te austrijski i švicarski. Koncipirano po uzoru na “nevjernost” (Untreue) iz § 266 njemačkog KZ i § 155 austrijskog KZ.⁵ Kazneno djelo „nevjernosti“ nije ograničeno na gospodarsko poslovanje pa mu bolje odgovara opće kazneno djelo zlouporebe povjerenja iz čl. 240. KZ-a.⁶

Nadalje, uvedeno je i novo kazneno djelo *zlouporeba u postupku javne nabave*, dok suostale inkriminacije kaznenih djela protiv gospodarstva usklađene s pravom Europske unije i međunarodnim dokumentima.

2. ZLOUPORABA POVJERENJA U GOSPODARSKOM POSLOVANJU KAO KLJUČNO KAZNENO DJELO VEZANO ZA TRGOVAČKA DRUŠTVA

Zlouporeba povjerenja u gospodarskom poslovanju, čl.246. KZ, prvo je kazneno djelo iz glave gospodarskih kaznenih djela navedenih u Kaznenom zakonu za koje je propisana kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina.⁷ Kazneno djelo zlouporebe povjerenja u gospodarskom poslovanju je *delictum proprium*. Može ga počinuti osoba koja u gospodarskom poslovanju povrijedi dužnost zaštite tuđih imovinskih interesa temeljenih na zakonu, odluci upravne ili sudbene vlasti, pravnom poslu ili odnosu povjerenja čime

⁵ Turković K i dr, *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, travanj 2013.

⁶ Roksandić Vidlička S, Bilić A, *Zlouporeba povjerenja u gospodarskom poslovanju s posebnim osvrtom na kaznenu odgovornost članova uprave*, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 24, broj 2/2017, str. 617-650.

⁷ Čl.246.st.1. KZ

sebi ili drugoj osobipribavi protupravnu imovinsku korist te time ili na drugi način onome o čijim se imovinskim interesima dužan brinuti prouzroči štetu. Povjerenje može zlouporabiti samo osoba kojoj je povjerena zaštita tuđih interesa, može zlouporabiti navedeno povjerenje. Povreda dužnosti zaštite tuđih imovinskih interesa mora se dogoditi u gospodarskomposlovanju.

Za kvalificirani oblik ovog kaznenog djela, zakonodavac je predvidio kaznuzatvora od jedne do deset godina, o kojem će se raditi kada počinitelj počinjenjem kaznenog djela zlouporabe pribavi znatnu imovinsku korist ili prouzroči znatnu štetu.⁸Kazneni odjel VSRH na sjednici održanoj 27. 12. 2012. (br. Su-IV k-4/2012-57) donio je pravno shvaćanje da zakonsko obilježje “znatna imovinska korist”, odnosno “znatna šteta” postoji kad vrijednost imovinske koristi, odnosno štete prelazi 60.000,00 kn.

Zakonodavac je inkriminiranjem ovog kaznenog djela obuhvatio više gospodarskih kaznenih djela koja su bila propisana kao kaznena djela bivšim Kaznenim zakonom. Radi se o sljedećim kaznenim djelima: *Zlouporabe položaja i ovlasti* (čl. 337. st. 3. i 4. KZ/97),⁹*Sklapanje štetnog ugovora* (čl. 294. KZ/97),¹⁰*Nesavjesnog gospodarskog poslovanja* (čl. 291.KZ/97)¹¹ i

⁸ St.2. *Ibid.*

⁹ *Zlouporaba položaja i ovlasti*, Čl.337. KZ/97

(1) Službena ili odgovorna osoba koja s ciljem da sebi ili drugoj pravnoj ili fizičkoj osobi pribavi kakvu neimovinsku korist ili da drugome prouzroči kakvu štetu iskoristi svoj položaj ili ovlast, prekorači granice svoje ovlasti ili ne obavi dužnost, kaznit će se kaznom zatvora od tr mjeseca do tri godine.

(2) Ako je kaznenim djelom iz stavka 1. ovoga članka prouzročena znatna šteta ili je došlo do teže povrede prava drugoga, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina

(3) Ako je kaznenim djelom iz stavka 1. ovoga članka pribavljena imovinska korist, pocinitelj ce se kazniti kaznom zatvora od jedne do pet godina.

(4) Ako je kaznenim djelom iz stavka 1. ovoga članka pribavljena znatna imovinska korist, a pocinitelj je postupao s ciljem pribavljanja takve koristi, ili je prouzrocena šteta velikih razmjera, pocinitelj ce se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina.

¹⁰ *Sklapanje štetnog ugovora*, Čl. 294. KZ/97, (Brisano NN 111/03)

(1) Tko kao zastupnik pravne osobe u njezinoj gospodarskoj djelatnosti sklopi ugovor za koji zna da je štetan za pravnu osobu, ili sklopi ugovor protivno ovlasti i time prouzroči štetu pravnoj osobi, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(2) Ako je kaznenim djelom iz stavka 1. ovoga članka prouzročena šteta velikih razmjera, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina.

¹¹ *Nesavjesno gospodarsko poslovanje*, čl. 291.KZ/97

(1) Odgovorna osoba u pravnoj osobi, koja kršenjem zakona ili drugog propisa o poslovanju očito nesavjesno posluje ili koja grubo povrijedi dužnost skrbi o imovinskim interesima pravne osobe koja se temelji na zakonu, odluci upravne ili sudbene vlasti, pravnom poslu ili odnosu povjerenja i time prouzroči štetu toj pravnoj osobi, kaznit će se kaznom zatvora od tri mjeseca do tri godine.

(2) Ako je kaznenim djelom iz stavka 1. ovoga članka prouzročena znatna imovinska šteta ili je prouzročen stečaj pravne osobe, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do pet godina.

Zlouporebe ovlasti u gospodarskom poslovanju (čl. 292. KZ/97).¹² Kazneno djelo *Zlouporebe položaja i ovlasti* prije je bilo svrstano u kaznena djela protiv službene dužnosti, dok je novelama Kaznenog zakona uvedeno među gospodarska kaznena djela.

U sudskoj praksi dosta je bilo teško razgraničiti kaznena *djela nesavjesnog gospodarskog poslovanja od Zlouporebe položaja i ovlasti i Sklapanja štetnog ugovora*, što je Zakonodavca primoralo da novelama Kaznenog zakona riješi navedeni problem. S obzirom da je ukinuo i kazneno djelo *Zlouporebe ovlasti u gospodarskom poslovanju* (čl. 292. KZ/97), sudovi moraju utvrditi pravni kontinuitet između *Zlouporebe ovlasti u gospodarskom poslovanju i Zlouporebe povjerenja u gospodarskom poslovanju*. Kada sud utvrdi da postoji pravni kontinuitet postoji, primijenit će novi Kazneni zakon samo u slučaju ako je novi zakon blaži za počinitelja.

3. OSTALA GOSPODARSKA KAZNENA DJELAINKRIMINIRANA KAZNENIM ZAKONOM REPUBLIKE HRVATSKE

1-Kazneno djelo *Povreda obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga* polazi od osnovne presumpcije da se urednost gospodarskog poslovanja ogleda u obvezi vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga. Inkriminirano je u Kazneni zakon po uzoru na njemački kazneni zakon (§ 283b). Valja naglasiti da se ovo kazneno djelo preklapalo s kaznenim djelom iz članka 31. Zakona o računovodstvu.¹³ Upravo iz tog razloga, ovo je kazneno djelo stupanjem na snagu Zakona o računovodstvu 01.01.2016. godine, ukinuto.¹⁴ Zakonodavac je za počinitelja kaznenog djela povrede obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga propisao kaznu zatvora do tri godine.

¹² *Zlouporeba ovlasti u gospodarskom poslovanju*, Čl. 292. KZ/97, (Brisano NN 111/03)

(1) Odgovorna osoba u pravnoj osobi koja s ciljem pribavljanja protupravne imovinske koristi za svoju ili drugu pravnu osobu: stvara ili drži nedozvoljene fondove u zemlji ili stranoj državi, sastavljanjem isprava neistinitog sadržaja, lažnim bilancama, procjenama ili inventurom ili drugim lažnim prikazivanjem ili prikrivanjem činjenica, neistinito prikazuje stanje i kretanje sredstava i uspjeha poslovanja, pravnu osobu stavi u povoljniji položaj prigodom dobivanja sredstava ili drugih pogodnosti koje se pravnoj osobi ne bi priznale prema postojećim propisima, pri izvršavanju obveza prema proračunima i fondovima uskrati sredstva koja im pripadaju, namjenska sredstva kojima raspolaže koristi protivno njihovoj namjeni, na drugi način grubo prekrši zakon ili pravila poslovanja glede uporabe i upravljanja imovinom, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(2) Ako je kaznenim djelom iz stavka 1. ovoga članka pribavljena znatna imovinska korist, a počinitelj je postupao s ciljem pribavljanja takve koristi, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do osam godina.

¹³ Zakon o računovodstvu, NN br. 109/07

¹⁴ *Ibid.*, NN br. 78/15, 134/15

Počinitelj ovog gospodarskog kaznenog djela je osoba koja ne vodi trgovačke ili poslovne knjige koje je po zakonu obvezna voditi, ili ih tako vodi da je otežana preglednost poslovanja ili imovinskog stanja, ili trgovačke ili poslovne knjige ili poslovne isprave koje je obvezan čuvati uništi, prikrije, u većoj mjeri ošteti ili na drugi način učini neuporabljivim.

2- Kazneno djelo *Prouzročenje stečaja*, za koje je propisana kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, čini tko u gospodarskom poslovanju, prividno ili besplatno prenese imovinu na trgovačko društvo koje je osnovao sam ili s drugim, ili na drugi način cijelu ili dio imovine koja bi činila stečajnu masu prividno proda, optereti bez odgovarajuće protučinidbe, besplatno ustupi, sakrije, ošteti, uništi ili učini neupotrebljivom, ili zaključi fiktivni ugovor ili prizna nepostojeću tražbinu, ne vodi trgovačke ili poslovne knjige koje je dužan voditi ili ih prikrije, uništi, ošteti, preinači ili ih tako vodi ili izradi završni račun da se ne može utvrditi ili je znatno otežano utvrđivanje njegova imovinskog stanja, te u suprotnosti s urednim i savjesnim gospodarenjem umanja imovinu koja bi činila stečajnu masu ili prikrije imovinsko stanje, tako da navedenim radnjama izazove prezaduženost ili nesposobnost za plaćanje ili ih poduzme u stanju prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje koja prijete ili je nastupila.¹⁵ Zakonodavac je postigao željenu svrhu, da je točno naveo koje sve radnje oko smanjenja imovine dovode do stečaja te je kažnjivost proširio i na samo prouzrokovanje prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje. Radnje novog kaznenog djela obuhvatile su kvalificirani oblik bivšeg kaznenog djela nesavjesnog gospodarskog poslovanja.¹⁶

Za privilegirani oblik prouzrokovanja stečaja predviđena je kazna zatvora do tri godine, a odnosi se na počinjenje kaznenog djela iz nehaja.¹⁷ Za kvalificirani oblik ovog kaznenog djela predviđena je kazna zatvora od jedne do deset godina, o kojem će biti riječ ako počinjenjem kaznenog djela dođe do znatne štete.¹⁸

3- Kazneno djelo *Pogodovanje vjerovnika* čini onaj tko znajući da je on ili osoba koju zastupa postala nesposobna za plaćanje, ispuni ili osigura tražbinu vjerovnika koji nema pravo na ispunjenje ili osiguranje na takav način ili u to vrijeme. Zakonom je propisana kazna zatvora do tri godine.

4- Kazneno djelo *Primanje i davanje mita u postupku stečaja* može počiniti vjerovnik ili član odbora vjerovnika koji zahtijeva ili primi mito

¹⁵ Čl. 249. KZ

¹⁶ Čl. 291. st. 2. KZ/97

¹⁷ Čl. 249. st. 2. KZ

¹⁸ St. 3. *Ibid.*

ili koji prihvati ponudu ili obećanje mita za sebe ili drugoga da bi glasovao na određeni način ili propustio glasovanje ili na drugi način postupio radi oštećenja barem jednog vjerovnika u stečajnom postupku, koji će se kazniti zatvorom od šest mjeseci do pet godina. Kazna zatvora od jedne do osam godina predviđena je zakvalificirani oblik ovog kaznenog djela, o kojem će se raditi ako počinitelj ima svojstvo stečajnog upravitelja.¹⁹ Osoba koja vjerovniku, članu odbora vjerovnika ili stečajnom upravitelju ponudi, obeća ili dade mito radi kako bi počinio kazneno djelo primanja i davanja mita u postupku stečaja, čini privilegirani oblik ovog kaznenog djela za koji je propisana kazna zatvora do tri godine.²⁰

5- Kazneno djelo *Primanje mita u gospodarskom poslovanju* može počiniti osoba koja u gospodarskom poslovanju zahtijeva ili primi mito ili prihvati ponudu ili obećanje mita za sebe ili za drugoga da prilikom sklapanja ili izvršenja posla ili pružanja usluge pogoduje drugome tako da prouzroči štetu onome koga zastupa ili za koga radi ili tko posreduje pri takvom podmićivanju. Zakonodavac je predvidio dva raspona u odmjeravanju kazne, tako da je za temeljni oblik ovog kaznenog djela predviđena kazna zatvora od jedne do osam godina. Privilegirani oblik kaznenog djela *Primanje mita u gospodarskom poslovanju* čini onaj tko u gospodarskom poslovanju zahtijeva ili primi mito ili prihvati ponudu ili obećanje mita za sebe ili za drugoga kao protuuslugu za sklapanje ili izvršenje posla ili pružanje usluge ili tko posreduje pri takvom podmićivanju, što je kažnjivo kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.²¹

6- Za kazneno djelo *Davanje mita u gospodarskom poslovanju* propisana je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, koje može počiniti osoba koja u gospodarskom poslovanju drugome ponudi, obeća ili dade mito da njemu ili drugome pogoduje prilikom sklapanja ili izvršenja posla ili pružanja usluge i time prouzroči štetu onome koga zastupa ili za koga radi ili tko posreduje pri takvom podmićivanju. Predviđena je zakonom fakultativna mogućnost oslobođenja od kazne za slučaj da je počinitelj, koji je dao mito na zahtjev odgovorne osobe, prijavio djelo prije njegova otkrivanja ili prije saznanja da je djelo otkriveno. Tko u gospodarskom poslovanju drugome ponudi, obeća ili dade mito namijenjeno toj ili drugoj osobi kao protuuslugu za sklapanje ili izvršenje posla ili pružanje usluge ili tko posreduje pri takvom podmićivanju kaznit će se kaznom zatvora do tri godine.²²

¹⁹ Čl. 251. st.2. *Ibid.*

²⁰ St.3. *Ibid.*

²¹ Čl.252.st.2. *Ibid.*

²² St.3. *Ibid.*

7- Po uzoru na § 298 njemačkog Kaznenog zakona kojim se ograničava natjecanje kod javnih nabava i čl. 2. *Corpus iuris*, same prijave u natječaju, uvedeno je u hrvatsko kazneno zakonodavstvo kazneno djelo *Zlouporaba u postupku javne nabave s ciljem suzbijanja dogovora natjecatelja u javnoj nabavi*.²³

Za temeljni oblikovog kaznenog djela propisana je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina. Počinitelj je izvršio ovo kazneno djelo ako je u postupku javne nabave stavio ponudu utemeljenu na zabranjenom dogovoru između gospodarskih subjekata koji ima za cilj da naručitelj prihvati određenu ponudu. Sama šteta kao posljedica ne mora nastupiti da bi se radilo o kaznenom djelu *Zlouporabe u postupku javne nabave*.

Za kvalificirani oblik zakonom je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina za slučaj prouzročenja znatne imovinske koristi ili znatne štete.²⁴

8- Kazneno djelo lažnog reklamiranja inkriminirano kao *zavaravajuće oglašavanje*, kažnjivo je kaznom zatvora do dvije godine. Propisana kazna štiti tržište i suzbija nelojalnu konkurenciju. Zavaravajuće oglašavanje može počinuti osoba koja u ponudi robe ili usluga upućenoj širem krugu osoba navede neistinite ili nepotpune podatke koji su bitni za sklapanje ugovora i mogu razumnog potrošača dovesti u zabludu.

9- Kazneno djelo *Utajeporeza ili carine*, kazneno djelo protiv fiskalnih interesa države, čini tko s ciljem da on ili druga osoba potpuno ili djelomično izbjegne plaćanje poreza ili carine daje netočne ili nepotpune podatke o dohocima, predmetima ili drugim činjenicama koje su od utjecaja na utvrđivanje iznosa porezne ili carinske obveze ili tko s istim ciljem u slučaju obvezne prijave ne prijavi prihod, predmet ili druge činjenice koje su od utjecaja na utvrđivanje porezne ili carinske obveze, pa zbog toga dođe do smanjenja ili neutvrđenja porezne ili carinske obveze u iznosu koji prelazi dvadeset tisuća kuna²⁵ kao i tko poreznu olakšicu ili carinsku povlasticu u iznosu većem od dvadeset tisuća kuna koristi suprotno uvjetima pod kojima ju je dobio.²⁶ Predviđena je zakonom za počinitelja kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina.

O kvalificiranom obliku, kažnjivom kaznom zatvora od jedne do deset godina, radit će se kad kazneno djelo dovede do smanjenja ili neutvrđenja

²³ Vidi: Božić V, Kesić T, *Kaznenopravni odgovori na korupciju uz prijedloge de lege ferenda*, Zbornik radova s naučnog skupa s međunarodnim učešćem „Evropske integracije: pravda, sloboda i bezbednost Tara, 2016, 455-483.

²⁴ Čl.254.st.2. KZ

²⁵ Čl.256.st.1. *Ibid.*

²⁶ St.2. *Ibid.*

porezne ili carinske obveze velikih razmjera.²⁷ U skladu s odredbom § 370 njemačkog Zakona o davanjima, da bi se radilo o kaznenom djelu mora nastupiti šteta za proračun koji prelazi 20.000 kuna.²⁸

10-Kazneno djelo *Izbjegavanje carinskog nadzora* čini tko izbjegavajući mjere carinskog nadzora prenese preko granice robu čija su proizvodnja ili promet ograničeni ili zabranjeni pod uvjetom da nije počinjeno neko drugo kazneno djelo za koje je propisana teža kazna. Inkriminiranjem ovog kaznenog djela štiti se državna sigurnost i državni interes, za koje je propisana kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina. Pod pojmom robe podrazumijeva se droga, cigarete, alkohol, oružje, kao i druga roba čija je proizvodnja ili promet ograničena ili zabranjena.

11- Kazneno djelo *Subvencijske prijevare* kažnjivo je kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina kojom će se kazniti osoba koja s ciljem da za sebe ili drugoga ostvari državnu potporu davatelju državne potpore daje netočne ili nepotpune podatke o činjenicama o kojima ovisi donošenje odluke o državnoj potpori ili propusti obavijestiti davatelja državne potpore o promjenama važnim za donošenje odluke o državnoj potpori, kao i osoba koja sredstva iz odobrene državne potpore koristi suprotno njihovoj namjeni.

Kvalificirani oblik, kažnjiv kaznom zatvora od jedne do deset godina, postoji kad počinitelj postupa s ciljem ostvarenja državne potpore velikih razmjera ili koristi državnu potporu velikih razmjera.²⁹

12- Kazneno djelo *Zlouporaba povlaštenih informacija* čini tko raspoložujući povlaštenom informacijom: za vlastiti ili tuđi račun neposredno ili posredno stekne ili otuđi financijski instrument na koji se ta informacija odnosi, neovlašteno otkrije, priopći, preda ili na drugi način učini dostupnom povlaštenu informaciju drugoj osobi, preporuči drugoj osobi ili je navede da stekne ili otuđi financijski instrument na koji se ta informacija odnosi.

Za ovaj temeljni oblik predviđena je kazna zatvora do tri godine, a ako se radi o ostvarenju znatne imovinske koristi ili o znatnoj šteti, za počinitelja je propisana kazna zatvora od jedne do osam godina.³⁰

²⁷ St.3. *Ibid.*

²⁸ Convention on the protection of the European Communities' financial interests (PIF Convention) (OJ C 316 od 27.11.1995.) Novčani iznos usuglašen je s čl. 2. st. 2. Konvencije, prema kojem za lakše oblike prijevare i za iznose manje od 4.000 eura država članica može propisati i lakše kazne, čime utaja poreza ili carina ispod navedenog iznosa izlazi iz stvarne nadležnosti Konvencije.

²⁹ Čl.258. st.3. KZ

³⁰ Čl. 259.st.3. *Ibid.*

Kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina predviđena je za osobu koja je je raspolagala povlaštenom informacijom na temelju članstva u upravljačkim ili nadzornim tijelima izdavatelja, svojeg udjela u kapitalu izdavatelja, pristupa informaciji kroz obavljanje svog posla ili dužnosti ili počinjenog kaznenog djela,³¹ a ukoliko je kaznenim djelom pribavljena znatna imovinska korist ili je drugome prouzročena znatna šteta, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do osam godina.³²

12- Kazneno djelo *Zloupotrebavanje tržišta kapitala* čini osoba koja suprotno propisima o tržištu kapitala: obavi transakciju ili da nalog za trgovanje koji daju ili bi mogli dati neistinite ili obmanjujuće poruke o ponudi, potražnji ili cijeni financijskih instrumenata, ili djelujući u suradnji s jednom ili više osoba drži cijenu jednog ili više financijskih instrumenata na nenormalnoj ili umjetnoj razini, pri sklapanju transakcije ili davanju naloga za trgovanje upotrebljava fiktivne postupke ili druge oblike obmane ili prijevare, širi informacije putem medija, internetom ili bilo kojim drugim načinom ili sredstvom koji daje ili bi mogao davati lažne ili obmanjujuće poruke glede financijskih instrumenata, uključujući širenje glasina i lažnih ili obmanjujućih vijesti, pri čemu je osoba koja je proširila informaciju znala ili bila dužna znati da je informacija lažna ili obmanjujuća. Zakonodavac je za temeljni oblik kaznenog djela propisao kaznu zatvora do tri godine. Ako se radi o pribavljenoj znatnoj imovinskoj koristi ili prouzročenoj znatnoj šteti počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.³³

13- Kazneno djelo *Neovlaštene uporabe tuđe tvrtke* čini osoba koja neovlašteno uporabi tuđu tvrtku ili u nju unese obilježja koja stvaraju zabunu glede predmeta poslovanja trgovačkog društva, identiteta ili povezanosti s drugim društvom i na taj način pribavi imovinsku korist ili prouzroči štetu. Pokušaj počinjenja ovog kaznenog djela je kažnjiv. Zakonodavac je za počinitelja kaznenog djela neovlaštene uporabe tuđe tvrtke predvidio kaznu zatvora do tri godine.

14- Kazneno djelo *Odavanje i neovlašteno pribavljanje poslovne tajne* čini osoba koja neovlašteno drugome priopći, preda ili na drugi način učini pristupačnim podatke koji su poslovna tajna, kao i tko pribavlja takve podatke s ciljem da ih preda neovlaštenoj osobi, s tim da valja napomenuti, neće se raditi o kaznenom djelu ako je ono počinjeno u javnom interesu.³⁴

³¹ St.2. *Ibid.*

³² St.4. *Ibid.*

³³ Čl.260. st.2. *Ibid.*

³⁴ Čl.262. st.3. *Ibid.*

Zakonom je za temeljni oblik ovog kaznenog djela propisana kazna zatvora do tri godine. Za kvalificirani oblik ovog kaznenog djela, zakonodavac je predvidio kaznu zatvora od šest mjeseci do pet godina, u slučaju da je počinitelj sebi ili drugome pribavio znatnu imovinsku korist ili prouzročio znatnu štetu.³⁵

15-Kazneno djelo *nedozvoljene proizvodnje* čini tko neovlašteno proizvodi ili prerađuje predmete ili robu čija je proizvodnja zabranjena ili ograničena, kažnjivo kaznom zatvora do jedne godine, pod uvjetom da na taj način nije počinjeno neko drugo kazneno djelo za koje je propisana teža kazna. Kaznom zatvora do jedne godine kaznit će se i počinitelj koji napravi, nabavi, prenese, izveze ili uveze, posjeduje opremu, materijal ili stvari koje se mogu uporabiti za nedozvoljenu proizvodnju i za koje zna da su namijenjeni nedozvoljenoj proizvodnji.³⁶

16- Kazneno djelo *Pranja novca*, usklađeno s Konvencijom Vijeća Europe o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenoga kaznenim djelom i o financiranju terorizma,³⁷ čini tko imovinsku korist ostvarenu kaznenim djelom uloži, preuzme, pretvori, prenese ili zamijeni u cilju prikrivanja njezinog nezakonitog podrijetla, tko prikriva pravu prirodu, podrijetlo, mjesto, raspolaganje, prenošenje te postojanje prava, odnosno vlasništva na imovinskoj koristi koju je drugi ostvario kaznenim djelom, kao i tko imovinsku korist koju je drugi ostvario kaznenim djelom, pribavlja, posjeduje ili koristi. Pranje novca kažnjivo je kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina. Za kvalifikatorni oblik pranja novca kaznit će se kaznom zatvora od jedne do osam godina počinitelj koji djelo počini u financijskom ili drugom poslovanju ili se bavi pranjem novca ili je pak imovinska korist velike vrijednosti.³⁸

³⁵ Čl.262. st.2. *Ibid.*

³⁶ Čl.263.st.2. *Ibid.*

³⁷ Konvencija Vijeća Europe o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenoga kaznenim djelom i o financiranju terorizma, NN, MU br. 5/08

³⁸ Čl.265.st.4. *Ibid.*

3. PRIJAVE, OPTUŽBE I OSUDE ZA KAZNENA DJELA GOSPODARSKOG KRIMINALITETA U SUDSKOJ PRAKSI REPUBLIKE HRVATSKE

U tablici pod red.br.1. prikazana su brojčano prijavljena, razriješena i naknadno otkrivena kaznena djela gospodarskog kriminaliteta u 2017. i 2018. godini.

U 2017. godini zapažen je osjetno veći broj prijava (7.057), za oko 60%, u odnosu na 2018. godinu (4.292) kaznenih djela gospodarskog kriminaliteta. S druge strane, visok je i postotak razriješenih kaznenih djela gospodarskog kriminaliteta, u 2017. godini (6.833) razriješenih je slučajeva, dok je u 2018. godini razriješeno (4.290).

Velik je broj naknadno otkrivenih kaznenih djela gospodarskog kriminaliteta u 2017. godini (3.964), dok je osjetno manji broj (za 47.20%) naknadno otkrivenih kaznenih djela gospodarskog kriminaliteta u 2018. godini (1.871).

KAZNENA DJELA GOSPODARSKOG KRIMINALITETA	2017	2018
PRIJAVE	7057	4292
RAZRIJEŠENA KAZNENA DJELA	6833	4290
NAKNADNO OTKRIVENA	3964	1871

Tablica br.1. Prikaz prijavljenih, razriješenih i naknadno otkrivenih kaznenih djela gospodarskog kriminaliteta u 2017. i 2018. godini³⁹

U 2018. godini zabilježeno su 4.292 prijave za kaznena djela gospodarskog kriminaliteta, što predstavlja smanjenje prijave evidentiranih u 2018. godini za 39,20% u odnosu na 2017. godinu u kojoj je bilo 7.057 prijavljenih kaznenih djela protiv gospodarstva. Za kaznena djela gospodarskog kriminaliteta u prošloj godini osumnjičeno je 1.117 osoba, 27,80% manje evidentiranih osumnjičenih osoba u odnosu na 2017. godinu.

Najučestalija kaznena djela gospodarskog kriminaliteta su

³⁹ Temeljni sigurnosni pokazatelji i rezultati rada u 2018. godini, Ministarstvo unutarnjih poslova, Glavno Tajništvo, Služba za strateško planiranje, statistiku i unaprjeđenje rada, KLASA: 953-01/19-01/1

URBROJ: 511-01-142-19-1, Zagreb, siječanj 2019. godine, str.4.

krivotvorenje službene ili poslovne isprave (36,40%), zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju (11,20 %), zlouporaba položaja i ovlasti (11,00%), pronevjera (10,30%), utaja poreza i carine (6,80%) i prijevara u gospodarskom poslovanju (6,10%). Udio ovih najučestalijih kaznenih djela protiv gospodarstva u ukupnom gospodarskom kriminalitetu iznosi 81,80%.

U tablici pod red.br.2. prikazan je broj prijavljenih kaznenih djela protiv gospodarstva počinjenih u sastavu zločinačke organizacije u 2017. i 2018. godini.

U 2018. godini prijavljeno je ukupno 136 kaznenih djela protiv gospodarstva koja su počinjena u sastavu zločinačke organizacije dok je u 2017. godini taj broj nešto manji (118). *Nedozvoljena trgovina (99) i izbjegavanje carinskog nadzora (28)* su među najzastupljenijim kaznenim djelima protiv gospodarstva počinjena u sastavu zločinačke organizacije u 2018. godini. *Zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju (51) i utaja poreza ili carine (56)* najučestalija su kaznena djela gospodarskog kriminaliteta počinjena u sastavu zločinačke organizacije u 2017. godini.

KAZNENA DJELA PROTIV GOSPODARSTVA	PRIJAVE 2017	PRIJAVE 2018
Čl. 246. Zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju	51	1
Čl. 256. Utaja poreza ili carine	56	7
Čl. 257. Izbjegavanje carinskog nadzora	11	28
Čl. 263. Nedozvoljena proizvodnja		1
Čl. 264. Nedozvoljena trgovina		99
Ukupno kaznena djela protiv gospodarstva	118	136

Tablica br.2. Prikaz prijavljenih kaznenih djela protiv gospodarstva počinjenih u sastavu zločinačke organizacije u 2017. i 2018. godini.⁴⁰

U tablici pod red.br.3. prikazan je broj prijavljenih i razriješenih kaznenih djela zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju u 2017. i 2018. godini.

⁴⁰ Temeljni sigurnosni pokazatelji i rezultati rada u 2018. godini, Ministarstvo unutarnjih poslova, Glavno Tajništvo, Služba za strateško planiranje, statistiku i unaprjeđenje rada, KLASA: 953-01/19-01/1

URBROJ: 511-01-142-19-1, Zagreb, siječanj 2019. godine, str.48.

Relativno je slično evidentirano brojčano stanje u pogledu zabilježenih prijava za kazneno djelo *zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju* u 2017. godini (418) i 2018. godini (480). Ista je situacija i u pogledu razriješenih kaznenih djela prijavljenih *zlouporaba* u 2017. godini (418) i 2018. godini (481).

Zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju	
418	PRIJAVE U 2017
418	RAZRIJEŠENA DJELA U 2017
480	PRIJAVE U 2018
481	RAZRIJEŠENA DJELA U 2018

Tablica br.3. Prikaz prijavljenih i razriješenih kaznenih djela *zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju* u 2017. i 2018. godini⁴¹

U tablici pod red.br.4. prikazan je broj prijavljenih, optuženih i osuđenih osoba za kaznena djela *Zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju* u 2017. i 2018. godini.

Zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju	2017	2018
Prijave čl.246.st.1.	176	139
Prijave čl.246.st.2.	303	231
Optužbe čl.246.st.1.	64	62
Optužbe čl.246.st.2.	154	121
Osude čl.246.st.1.	44	34
Osude čl.246.st.2.	65	54

Tablica br.4. Prijave, optužbe i osude za kaznena djela *Zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju* u 2017. i 2018. godini⁴²

⁴¹ Ibid. str.50.

⁴² *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2017. godini*, Državni zavod za statistiku, Zagreb, 2018.

Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2018. godini, Državni zavod

Najviše prijavljenih za kazneno djelo *zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju* u protekle dvije godine, odnosi se na kvalifikatorni oblik navedenog kaznenog djela, čl.246.st.2. KZ. Tako su u 2017. godini evedentirane (303) prijave, dok je godinu dana poslije broj prijava za isti oblik kaznenog djela iznosio (231). Manji broj prijava odnosio se na temeljni oblik navedenog kaznenog djela protiv gospodarstva. U 2017. godini prijavljenih je bilo (176), dok je u 2018. godini broj prijavljenih iznosio (139).

Slična je situacija i u pogledu optuženja za zlouporabu povjerenja u gospodarskom poslovanju u odnosu na temeljni i kvalifikatorni oblik. Za teži oblik ovog kaznenog djela u 2017. godini optužene su (154) osobe, dok se godinu dana kasnije broj optuženih smanjio i iznosio (121). Gledajući od ukupnog broja optuženih za ovo kazneno djelo, 50% je manje osoba optuženo za temeljni oblik kaznenog djela zlouporabe u gospodarskom poslovanju, kako u 2017. tako i u 2018. godini. U 2017. godini optužene su 64 osobe za čl.246.st.1. KZ, dok su u 2018. godini optužene 62 osobe.

U 2017. godini ukupno je osuđeno 109 osoba za kazneno djelo zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju, od čega njih (44) za temeljni oblik, a (65) za kvalifikatorni oblik ovog kaznenog djela protiv gospodarstva. U 2018. godini je ukupno osuđeno 88 osoba za nevedeni oblik kaznenog djela, 20% manje nego godinu dana prije. Od toga, (34) osobe su osuđene prema čl.246.st.1. KZ, dok su (54) osobe osuđene prema st.2. istog članka KZ.

4. ZAKLJUČAK

Novo kazneno djelo među *Gospodarskim kaznenim djelima* jest *Zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju* iz čl.246. KZ. koje ima relativno visoku brojku prijava, razriješenih kaznenih djela, ali i naknadno otkrivenih zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju.

Spada i među najučestalija kaznena djela gospodarskog kriminaliteta (11,20%), među kojima još valja i spomenuti *krivotvorenje službene ili poslovne isprave* (36,40%), *zlouporabu položaja i ovlasti* (11,00%), *pronevjeru* (10,30%), *utaju poreza i carine* (6,80%) *teprijevaru u gospodarskom poslovanju* (6,10%), čiji udio u ukupnom gospodarskom kriminalitetu iznosi 81,80%.

Iz istraživanja proizlazi zaključak da je puno veći broj prijavljenih, optuženih i osuđenih osoba za kvalifikatorni oblik zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju, nego za temeljni oblik ovog kaznenog djela protiv

gospodarstva. U prilog uspješne borbe s kaznenim djelima gospodarskog kriminaliteta govori nam i činjenica da je podjednak broj prijavljenih i razriješenih kaznenih djela zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju u 2017. i 2018. godini.

Iako je važeći Kazneni zakonusklađen sa zakonodavstvom Europske unije i međunarodnim dokumentima, u kojem su taksativno navedena gospodarska kaznena djela u XXIV glavi, samo je dobar legislativan okvir za suzbijanje kaznenih djela protiv gospodarstva. Da bi borba bila što učinkovitija, neophodna je suradnja svih nadležnih institucija i tijela u suzbijanju gospodarskog kriminaliteta.

Vanda Božić, PhD
Scientific associate, Department of Criminal Law
Faculty of Law, University of Zagreb
vanda.bozic@pravo.hr

CRIMINAL LAW ASPECTS OF ABUSE OF TRUST IN BUSINESS TRANSACTIONS

Abstract: *The subject of this paper is the criminal offense of Abuse of Trust in Business Transactions, which is one of the key criminal offenses related to companies. It is conceived in accordance with Art. 266 of the German and Art. 155 of the Austrian CC, whereby Republic of Croatia has brought its national criminal legislation in line with international documents of the EU. It is one of the most complicated criminal offenses in the field of economic crime, because it includes criminal offenses of negligent economic activity, misuse of powers in economic operations and the conclusion of a harmful contract. The courts are obliged to determine whether there is legal continuity between the abovementioned and new criminal offenses and to apply the law that was in force at the time of the commission of the offense or a new one, if it is more lenient to the perpetrator. The paper investigates the case law regarding the criminal offense of misuse of trust in business transactions and an analysis of the reported, accused and convicted persons for the mentioned criminal offense. In accordance with the conducted research of judicial practice and the analyzed legal provisions, given are the possible de lege ferenda proposals.*

Keywords: *criminal law aspects, abuse of trust in business transactions, economic crime*

AMENDMENTS TO THE SERBIAN CRIMINAL CODE FROM 2019 IN THE LIGHT OF DOGMATICS AND (CRIMINAL) POLICY**

UDC: 343.36"401.7:"343.2/.7(497.11)"2019
Original Research Paper

Abstract: *This paper deals with the Law on Amendments and Additions to the Criminal Code of Serbia, adopted in May 2019. Especially the General Part will be of high interest, as it contains the most far-reaching novelty since the adoption of the Code in 2005 – the introduction of life imprisonment.*

After dismissing an almost similar proposal four years earlier, this current shift of the Serbian legislator towards harsher punishments is to be analyzed in the light of his criminal policy and beyond. Life sentence is namely going to replace imprisonment of 30 to 40 years on the one side, while on the other side, it is newly stipulated for certain sexual offences that have been put forward by the public initiative of a father's foundation whose daughter has been kidnapped, sexually abused and killed. The highly criticized adjunction to the new provision is that it has excluded the possibility for release on parole for those offences.

Being the focal point of the proposed amendments, the paper deals with the dogmatic background of the Criminal Code in regard to life imprisonment, and by connecting it with a new regulation on multiple recidivism and other provisions, shows the broader context of (criminal) policy the new amendments are part of.

Keywords: *Criminal Code, Serbia, Amendments, Life Imprisonment, Recidivism, Criminal Policy.*

* Assistant Professor, Faculty of Law University in Belgrade, ivana.markovic@ius.bg.ac.rs

** This paper is the result of scientific work that was conducted within the Project "Identity Transformation of Serbia" (*Идентитетски преображај Србије*) of the Faculty of Law, University of Belgrade for the year 2019.

1. Introduction

The Serbian Criminal Code, which was passed in September 2005 and came into force on the 1st January 2006, entailed a whole spectrum of novelties to the criminal law system. A new, mixed objective-subjective concept of the criminal offence, the introduction of the continuing offence into legislative form, a more precise definition of co-perpetration, the inevitable mistake of law as a ground to exclusion of guilt, just to name a few of the most important changes to the institutes of the General Part.¹

The system of criminal sanctions was re-arranged as well. The implementation of community service and the withdrawal of driver's license, together with a new system of fines in daily amounts were introduced as new sanctions in order to unburden the custodial orientation of the system. The later introduction of house arrest as a form of exercising prison sentence underlined those efforts.

Since it's adopting, the Code was amended six times (twice in 2009, 2012, 2013, 2014 and in 2016).² This dynamic trend continued when a working group of the Ministry of Justice for the preparation of new amendments to the Criminal Code was formed in December 2018. They have presented a draft version of the "Law on Amendments and Additions to the Criminal Code of Serbia" at the internet site of the Ministry at the end of April. Very soon after that, on the 21st May, the Parliament of Serbia has adopted this law, introducing the biggest change in the system of sanctions since its re-structuring in 2006. The amendments of the Code will come into force on the 1st December 2019.

2. The Procedure

The 7th Law on Amendments to the Serbian Criminal Code³ (*Закон о изменама и допунама Кривичног законика*) was adopted on the 21th May of 2019, less than six months after the formation of the working group for its preparation, in an urgent procedure. 159 Members of Parliament voted in favor of the proposal, out of the 250 proportionally elected deputies.

The urgent legislative procedure in general is set to be exceptional. According to Art. 167 of the Rules of Procedure of the National Assembly of the Republic of Serbia (*Пословник Народне скупштине Републике Србије*),⁴ a law can be adopted by urgent procedure if it regulates issues and

¹ See N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd 2009.

² See I. Marković, „Kernaspekte der aktuellen Reform des Allgemeinen Teils in Serbien“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* Nr. 3/2017, S. 885 – 908.

³ "Sl. glasnik RS", br. 35/2019.

⁴ Пословник Народне скупштине, "Сл. гласник РС", број 20 од 16. марта 2012.

relations that occurred as a result of unforeseen circumstances, and if failure to adopt the law by use of urgent procedure could have negative consequences on lives and health of the people, the security of the state, and the functioning of institutions and organizations; or for the purpose of meeting of international obligations and the harmonization of regulations with the European Union *acquis*. It differs from regular procedure by its deadlines which are shorter than stipulated for some of the stages of the lawmaking process. Therefore, the proposer of the law must state the reasons for the adoption of the law within the urgent procedure.

The grounds of the Law do not indicate the reasons for the accelerated procedure. At the same time, or to be more explicit, in the same session, beside the amendments to the Criminal Code, a whole package of modifications to other judiciary laws has been adopted, namely amendments to the Criminal Procedure Code, to the Law on Prevention of Corruption, to the Law on Seizure and Confiscation of Proceeds from Crime, as well as to the Law on Execution of Criminal Sanctions. This shows basically the existence of a bigger concept of judicial reforms of the Serbian legislator.

3. The Main Changes

The main changes of the Criminal Code can be summed up with two words: tightening up.

Let us begin with the, in this context, less invasive modifications. Art. 55 on the repeated offence (*novpam*) has been formulated differently and now states that the court will take as an aggravating circumstance the circumstance that the perpetrator of the criminal offence committed by intention, was convicted before for a premeditated offence, and that five years have not elapsed from the prior conviction or from the served sentence (para. 1). In this case, the court cannot impose a penalty under the limitations prescribed by law or impose a milder punishment, except if the law provides the possibility of the punishment to be mitigated or if the law provides that the perpetrator can be exempted from punishment, but the court does not exempt him from penalty (para. 2).

The prior version of the article stated that “the court may, in determining punishment for a perpetrator of a criminal offence they committed after serving of sentence, pardon or sentence under limitations or remittance of punishment, upon expiry of period for revocation of parole or admonition by the court, take such circumstance as aggravating, and shall give particular consideration to seriousness of the previous offence, whether the previous offence was of the same kind as the latter, whether both offences were committed from same

motives, circumstances under which the offences were committed and the time elapsed from the previous conviction or pronounced punishment, pardon or sentence under limitations, remittance of punishment or of the expiry of the time limit for revocation of previous suspended sentence or pronounced caution by the court.”

We can see that the legislator introduced a relatively recent (five years as time limitation) repeated premeditated offence as a compulsory aggravating circumstance. Exemptions are provided in paragraph 2 of Article 55 and refer to mitigation grounds stated by law and the non-application of remittance grounds from punishment in the particular case.

When it comes to multiple recidivism, the court is according to Article 55a now obliged to pronounce a punishment above the half of the prescribed punishment if the perpetrator was convicted before two or more times to imprisonment of at least one year for premeditated criminal offences, and if from the day of his release until the committing of a new criminal offence five years have not elapsed.

One amendment that slipped under the radar due to the attention given to other provisions is the changed requirement for a suspended sentence (Art. 66 CC). The “outer” limitation regarding the punishment is reduced from ten to eight years. This means that beside the concrete penalty that was sentenced and that has to remain under two years in order to suspend the sentence, the other limitation for the offence committed is now eight years. The sentence for the respective perpetrator might stay under two years of prison, but if the penalty of the offence he committed is eight years or more, then prison cannot be suspended. By this, the number of criminal offences, for which this admonitive sanction can be imposed, has been restricted. This intervention is the result of the harmonization of the Criminal Code with the Code of Criminal Procedure and the possibility to suspend the sentence within a summary proceeding.⁵

Further, amendments to the Criminal Code also introduced more severe punishments for offenders in, amongst others, cases of abuse and torture (from one to eight before to two to ten years imprisonment now, Art. 137), tax evasion (one year instead of six months as the lower limit for punishment, Art. 225), the killing and abuse of animals (two years instead one years, and six months instead of three months of imprisonment, Art. 269).

Regarding other amendments in the Special part of the Criminal Code, worth mentioning is that stalking (Art. 138a CC) is now prescribed in a slightly more precise way, although this criminal offence still embraces very broad and heterogeneous situations and represents a challenge for interpretation by the courts. A new form of unlawful production and circulation of narcotics (Art.

⁵ See *Obrazloženje Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika*, str. 5.

246 CC), as well as a new criminal offence were introduced - an attack on attorneys in Article 336c CC, as requested by the Bar Association of Serbia, after the murder of the prominent attorney Dragoslav Ognjanović in July 2018, which was connected to his profession as an attorney. Another response to recent events, albeit more of a concern of states in Western Europe than in Serbia, is the new form of recruitment and training for terrorist acts (Art. 391b CC) when the perpetrator travels abroad to prepare, train, plan or participate in committing this offence (para. 3).

Yet the main envisaged change remains another one: the introduction of lifelong prison and following adaptations of existing provisions. According to articles 2 and 4 of the Law on Amendments, a lifelong sentence will replace the so far most severe punishment of prison from 30 to 40 years. For the most severe criminal offences and for the most severe forms of severe criminal offences, along prison sentence, a lifelong prison sentence can be stipulated as an exception (para. 1). It cannot be imposed on a person that at the time of the crime has not completed 21 years of life (para. 2), and it can also not be imposed in cases when the law foresees the possibility of mitigation of punishment or when there is ground for remittance of punishment.

While the first two regulations are the same as for the existing/ soon to be former prison sentence of 30 to 40 years, the last two exemptions to lifelong prison in regard to sentencing options are newly proposed. The regulations compared to its predecessor punishment differ also when it comes to parole. Before, it was possible to release a person convicted to a prison sentence from 30 to 40 years, whereas now it is possible to a lifelong convicted only if he/she has served at least 27 years in prison (Art. 46 para. 2 CC). The probation period in this case lasts 10 years from the day he/she was released on parole (Art. 47 para. 7 CC).

As it is a new sanction, it had to be also newly stipulated for criminal offences in the Special Part of the Code; either as a substitute for the sentence of 30 to 40 years, or directly for the first time for certain offences.

The far-reaching effect of this new sanction affecting perpetrators of certain crimes or certain forms of those crimes is completed by a highly criticized provision regarding parole: it is not possible to release on parole a person convicted for the criminal offence(s) of:

- 1) aggravated murder of a child or pregnant woman (Art. 114 para. 1 (9));
- 2) rape, if the offence results in death of the person against whom it was committed or if it is committed against a child (Art. 178 para. 4);
- 3) sexual intercourse with a helpless person, if the offence results in death of the person against whom it was committed or if it is committed

against a child (Art. 179 para. 3);

4) sexual intercourse with a child, if the offence results in death of the child (Art. 180 para. 3) and

5) sexual intercourse through abuse of position, if death of the child is the result of this offence (Art. 181 para. 5).

Also, offences for which lifelong prison has been prescribed shall not be time-barred (Art. 108).

4. View on Criminal Policy and Dogmatic Coherence

The approach of the legislator towards criminal policy shows some ambivalence and fluctuation. Beside the fact that the dynamics of passed amendments have reached a new, for the criminal law rather unusual peak, the concept behind them is not always well-thought-through. Some of the alterations are only corrections of prior amendments, some lack until today a clear legislative explanation and dogmatic rooting, like the prohibition of mitigation for certain offences and certain forms of offences, introduced in 2009 and still not un-tangled with a reliable explanation on why exactly those offences have been chosen, while more severe offences have not been included in this list.⁶

Ten years later, with the new amendments, we have the same selective approach; this time accompanied by the additional difference that it now concerns the most severe punishment within a system that has abolished the death penalty. Even more, lifelong imprisonment as it is constructed in Serbia now, has been introduced in a version that is not in accordance with accepted standards and rights.

To be more specific, the introduction of lifelong imprisonment without the right to release on parole has threefold consequences: it violates human rights and international law; it is a sign of dogmatic imbalance and it is a sign of incoherent criminal policy.

The European Court of Human Rights has expressed in its case law that Contracting States, in which a sentence of life imprisonment may be imposed, are under the obligation to envisage a mechanism for reviewing, at least 25 years after the life prisoner has begun to serve the sentence. It should analyze whether any changes in the life prisoner are so significant, and such progress towards rehabilitation has been made in the course of the sentence, that it means that continued detention can no longer be justified on legitimate

⁶ For more on that see N. Delić, „Zabranja (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima“, *Crimen* br. 2/2010, str. 228 – 245.

penological grounds. The absence of such a mechanism amounts to a violation of Article 3 (Prohibition of torture)⁷ of the ECHR prohibiting inhuman and degrading punishment.⁸ Path-breaking here was the case *Vinter and Others v. the United Kingdom*⁹ from 2013,¹⁰ where three men have been convicted of murder in the UK; each of them serving a sentence of life imprisonment.

The Grand Chamber recognized that States retain discretion to determine the appropriate lengths of sentences, so long as they are not “grossly disproportionate” to the offences committed. This discretion may extend to imposing life sentences. However, the Court reiterated its earlier decision in *Kafkaris v Cyprus*¹¹ that irreducible life sentences may infringe Article 3.

The Grand Chamber held that a reducible life sentence involves both a possibility of review and a prospect of release. Review of a sentence is necessary because the grounds for detention (punishment, deterrence, public protection and rehabilitation) may change in relevance during lengthy imprisonment. Without fixing a time limit, the Court noted the support in European domestic and international law for a guaranteed review within the first 25 years of a sentence.¹²

A prospect of release is necessary because, in the Grand Chamber’s view, the weight of European and international law support the principle that all prisoners, including those serving life sentences, should be offered the possibility of rehabilitation and the prospect of release if that rehabilitation is achieved. Drawing on these sources, the Grand Chamber concluded that it would be a violation of human dignity to detain someone without any chance of release.¹³

Beside violation of human rights and international law,¹⁴ the second issue

⁷ “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

⁸ See also the Vocation against the sentence of life imprisonment without a right to conditional release of the Belgrade Center for Human Rights, available at <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/eng-lat/vocation-sentence-life-imprisonment-without-right-parole/>. Last accessed on 24th August 2019.

⁹ Application nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10) [2016] III ECHR 317 (9th July 2013)

¹⁰ Under the UK’s *Criminal Justice Act 2003*, a life sentence is mandatory for murder. When imposing this sentence, the trial judge must also set a minimum term of imprisonment. In exceptional cases, the judge may set a “whole life order” instead of a minimum term. The applicants were subject to whole life orders. The three applicants alleged that their sentences were inconsistent with article 3 of the European Convention of Human Rights.

¹¹ Application no. 21906/04) [2008] ECHR (12th February 2008).

¹² Application nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10) [2016] III ECHR 317 (9th July 2013), para. 120.

¹³ *Ibid.*, para. 113.

¹⁴ Most notable are the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (regarding the concept according to which life

that simultaneously arises from these amendments is dogmatic imbalance. Four out of the five randomly chosen offences, for which the right to release on parole was abolished, have one thing in common: they are examples of liability for graver consequence (Art. 27 CC). This means that we speak of the respective form of offence, if the consequence is a result of negligence of the perpetrator (Article 27 CC). If he has acted with intent, then this will be treated as multiple offences. For the majority of those more serious offences, on the other side, life imprisonment is not imposed as a sanction; meaning, that for the less serious offence (committed with negligence), the perpetrator will be sanctioned with a harsher punishment. This contradicts the principle of equity and proportionality between the committed crime and the gravity of the criminal sanction, which is, paradoxically, a newly established, fourth purpose of punishment from Article 42.

Consequently, the next critical dogmatic issue arises from the fact that with removing the right to release for certain offences and with the introduction of this new sanction in general, the regulations on release on parole, on mitigation of punishment and on limitation and the balance between the stipulated sanctions and the very nature of those institutions are being undermined. The offences, for which the right to release is not possible, could now experience a different dogmatic development, as they have become some kind of *crimen specificum*, for which the regular provisions of the Criminal Code don't apply. Thinking ahead while taking into account the judicial practice so far, this change could also mean a narrower interpretation of the respective offences in order to before-hand avoid their grave consequences for the perpetrator, which would, on the other side, raise the question of a (clear) line between "just" interpretation and "already" judge-made law.

Furthermore, dogmatically and politically, the right of the President of the Republic to pardon offenders (*помиловање*)¹⁵ is implicitly gaining significance. His possibility to release a specifically named person from criminal prosecution and grant full or partial remittance of punishment, replace the pronounced penalty by a lighter penalty or suspend sentence, grant rehabilitation, order shorter duration of legal consequences of conviction

prisoners, once they are sentenced, are considered once and for all as a permanent threat to the community), the Recommendation of the Council of Europe Committee of Ministers (the law should provide all convicted prisoners, including life prisoners, with the possibility of conditional release) and The Rome Statute of the International Criminal Court (mandatory review of a life sentence after twenty-five years to determine whether it should be reduced and subsequent periodic reviews, if the court determines in its initial review that it is not appropriate to reduce the sentence).

¹⁵ See I. Vuković, Vanja Bajović, „Sadržina pomilovanja i pojedine nedoumice u njegovoj primeni“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br. 1/2017, str. 59 – 81.

or repeal particular or all legal consequences of conviction, repeal or order shorter duration of security measure of prohibition to practice a profession, business activity or duty, prohibition to drive a motor vehicle and expulsion of foreigner from the country (Art. 110 CC) have not been restricted with an exemption like the provisions mentioned before. It is, hence, not dogmatically diminished and remains an option for the person convicted to hope upon. At the same time, pardon of the President would evolve into yet another institute by which the legislative aim could be circumvented.

As offences that carry lifelong imprisonment do not come under the statute of limitations, this means that they have been put on equal terms with severe international crimes from the Articles 370 to 375 (Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes and Organizing and Incitement to Genocide and War Crimes) and other criminal offences that pursuant to ratified international treaties cannot be subject to limitations (Art. 108 CC). Again, one may ask what qualifies certain offences that are threatened with lifelong imprisonment to be set aside to the most severe and far-reaching (international) crimes, done quickly with one legislative amendment, compared to the decades long negotiations over international crimes. In this state of imbalance, the question arises whether it is still possible to fulfill the purposes of punishment - to prevent an offender from committing criminal offences and deter him from future commission of criminal offences; to deter others from commission of criminal offences; to express social condemnation of the criminal offence, enhance moral strength and reinforce the obligation to respect the law, as expected in Article 42 CC. The perpetrator, who now faces graver punishments, will have less incentives not to take the risk of his criminal endeavor. In other words, the risk tolerance has risen, and the deterrence effect of the punishment has been lowered. If we add the newly introduced equity and proportionality to this list of purposes of punishment, the question mark regarding their effectiveness gets doubled.

Proportionality as such seems, namely, to have dispersed from the criminal law amendments. It is rather about confronting than about complementary tones. For example, the urgent legislative procedure of the amendments, without public debate is not coherent with the relatively long *vacatio legis* of the law (as already mentioned, the amendments will become effective on the 1st December 2019).

Another contrast is the prior proposal regarding lifelong prison. The idea of its introduction is obviously not new as such, but in the version from 2015, the option for release was not excluded. In the grounds of the law now it is stated, that the question of introducing lifelong prison has “stirred up the expert public, made them thinking, talking, polemizing and naturally opened

up many other issues.”¹⁶ The Ministry of Justice, it is further expressed in the grounds of the law, has then concluded that “it is not possible to give the final decision on it, because the expert public is divided regarding this issue.”¹⁷ It is not clear, what happened since 2015 and why the experts now should be (more) unified on this issue, as implied by the fast adoption of the amendments; especially if we take into account that the proposal from 2015 did not contain the exclusion of certain offences from the possibility of release on parole, which is the crucial part of the amendments that has been criticized.

The imbalances and incoherences are a reflection of the prime impulse for adopting the law. As stated, the “Tijana Jurić”¹⁸ Foundation has submitted to the National Parliament in November 2017 a public initiative for changes and amendments to the Criminal Code, signed by 158.460 citizens of the Republic of Serbia. The initiative proposed lifelong imprisonment for the most severe criminal offences against life and physical integrity and criminal offences against sexual freedom if followed by the death of a child, minor, pregnant women or helpless person, additionally without the right to be released on parole.¹⁹ The Serbian legislator has then transformed the content of this initiative into legal text, practically without public debate and in a very short, for a criminal law amendment, unusually short period of time, introducing at the same time the most severe novelty since the adoption of the current Criminal Code in 2005.

Conclusion

The violation of human rights, further dogmatic de-harmonization and intensively public- opinion-based criminal policy are the main characteristics of the 2019 amendments to the Serbian Criminal Code. While reasons for the introduction of life imprisonment have been underlined with comparative examples in the grounds of the law; a solution that was discussed and finally rejected four years earlier, there is literally no justification why an exemption from release on parole is introduced and why only for the offences contained in the proposal of the Foundation. Such approach, where the content of a public initiative was taken over and without significant adjustments or further consultations with criminal law experts from academia and practice worded into the legal text, is substantially unsatisfactory and legislatively irresponsible.

¹⁶ *Obrazloženje Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika*, str. 1.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Tijana Jurić was a 15 year old girl, kidnapped, sexually abused (attempted rape) and killed in 2014 in Northern Serbia. Her body was buried and she was discovered only thirteen days after her disappearance. The 34 year old perpetrator was sentenced to the maximum of 40 years in prison. The case shocked the Serbian society and attracted major media attention.

¹⁹ *Obrazloženje Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika*, str. 1.

This kind of approach derives from the public perception that crimes were not sufficiently prosecuted; especially that offenders of violent crimes against children remain unpunished. The effects of the so far strictest and obviously short-lived custodial sentence of 30-40 years in the current Serbian system have not been penologically determined yet. Furthermore, there is no scientific and practical novelty that more severe punishments reduce crime rates.²⁰ On the contrary, policies that increase certainty of detection and punishment deter crime more effectively.

The Serbian legislator, however, followed the path of the unsatisfied citizen who demands harsher punishments. But he overlooked, unintentionally or not, that when it comes to sentencing or to criminality in general, the “voice of the people” is usually wrong, irrational and inhuman.²¹ As the historical development of criminal law shows, the public is very quick and easy on marking potential and convicted criminals and producing prejudices about them, even though criminal law is supposed to correct and re-socialize.²² This does not negate the retributive function of the punishment, but builds up a bigger picture with more than one purpose of punishment. In this case, the legislator has given in to the pressure of the public, he constructed his criminal policy upon a so-called “punitive public”; a public that is feeling disenchanting, especially when crime victims and their representative are involved. If the legislator goes one step further, as it looks even more to be the case here, and anticipates and/or uses the demonstrated opinion and demands of the victims and the general public, then he is acting upon and/or using the principles of the so-called punitive populism²³ as a tool in a wider political context.

He does, however, have to bear in mind the reactions to his actions. What can be expected in the future is, namely, a high number of requests for protection of legality, an extraordinary legal remedy. It can be submitted if by a final decision or decision in the procedure which preceded its issuance was, a human right or freedom of a defendant or other participant in proceedings guaranteed by the Constitution and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Additional Protocols was violated or denied, as determined by a decision of the Constitutional Court or

²⁰ See for example C.K., “Locking more people up does not reduce crime”, *The Economist* Nov 7th 2017, <https://www.economist.com/democracy-in-america/2017/11/07/locking-up-more-people-does-not-reduce-crime>, last accessed 1st September 2019.

²¹ B. Ristivojević, “Negativna kriminalnopolitička kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu Srbije od donošenja KZ: temeljno opredeljenje zakonodavca ili incident, *Crimen* br. 2/2012, str. 188.

²² *Ibid.*

²³ For more details see William Wood, “Punitive Populism”, in: *The Encyclopedia of Theoretical Criminology*, 2014, pp. 1 – 4.

the European Court of Human Rights (art. 485 Code of Criminal Procedure). Also, judicial reactions from the European Court of Rights are expected, too. Finally, a reduction of crime rates is not to be expected either, labeling these legislative actions as unsuccessful in the end.

JUDICIARY INDEPENDENCE, IMPARTIALITY, THE COURT BUDGET: UNDERSTANDING OUTCOMES FROM ECONOMIC CONSTRAINTS TO COURT PERFORMANCE

UDC: 347.96/.99.072.1:336.5(4-672EU)“2010/2018”

Original research paper

***Abstract:**Independent and impartial judicial system is one of the imperatives of democratic societies. It is vital that the judiciary should be free from any form of external or internal pressures and judges should rule solely on the bases of the Constitution, laws and ratified international agreements. Independence and impartiality of the judiciary is particularly important so that the parties and the general public can have confidence in the court system that the judgments will be brought fairly and in accordance with law.*

Court independence covers several aspects. Most important, courts should be independent from other branches of government, such as executive and legislative branch. This independence embraces that the courts should organize their own administrative matter, such as case management, freely and without external intervention, the judgments and decisions should be respected and accepted by all of the branches of the government, the judiciary has autonomous procedure about determining the standards for judges' competences and progress etc.

One of the crucial aspects of court independence is financial independence. Financial independence means that courts should have accesses to sufficient grants in order to perform their tasks. Lack of resources often can lead to poor performance in court functioning, outside pressure or even lead to corruptive behavior or practices. The process of preparation and execution of the court budget is one of the areas where competences of executive and court branches overlap. Thus, one of the most delicate forms of pressure in the court system by the executive branch of the government is achieved through controlling the access to resources that the courts need.

* Assistant professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University Ss Cyril and Methodius – Skopje, katerina.sapkova@gmail.com

In this paper we examine how judiciary budget and judges remuneration as elements of judicial independence are relative to basic macroeconomic indicators, such as total output of the country, public expenditures and average annual salaries.

Key words: *court independence; court impartiality; financial independence; court budget; court performance*

1. Introduction

Independent and impartial judicial system is one of the imperatives of democratic societies. It is vital that the judiciary should be free from any form of external or internal pressures and judges should rule solely on the bases of the Constitution, laws and ratified international agreements. Independence and impartiality of the judiciary is particularly important so that the parties and the general public can have confidence in the court system that the judgments will be brought fairly and in accordance with law.

Court independence covers several aspects. Most important, courts should be independent from other branches of government, such as executive and legislative branch. This independence embraces that the courts should organize their own administrative matter, such as case management, freely and without external intervention, the judgments and decisions should be respected and accepted by all of the branches of the government, the judiciary has autonomous procedure about determining the standards for judges' competences and progress etc.

One of the crucial aspects of court independence is financial independence. Financial independence means that courts should have accesses to sufficient grants in order to perform their tasks. Lack of resources often can lead to poor performance in court functioning, outside pressure or even lead to corruptive behavior or practices. The process of preparation and execution of the court budget is one of the areas where competences of executive and court branches overlap. Thus, one of the most delicate forms of pressure in the court system by the executive branch of the government is achieved through controlling the access to resources that the courts need.

In this paper we examine how judiciary budget and judges remuneration as elements of judicial independence are relative to basic macroeconomic indicators, such as total output of the country, public expenditures and average annual salaries.

The rest of the paper is organized as follows. Section 2 reviews the empirical literature on the court impartiality and independence. The data

description and methods are presented in Section 3. The findings of the empirical study are presented in Section 4, while the discussion about the results follows in Section 5. In the last section, main conclusions from the research are highlighted.

2. Literature review

A lot has been said and written about the abundant benefits from independent, impartial and effective judicial systems. Court impartiality and independence is important standard in law theory, necessary precondition for objective legal system and foundation of free and democratic societies. Moreover, judicial independence is an important requirement for rule of law, and they are both are important determinants of economic development. The focus of the research agenda here, in this paper, lays on the economic benefits or advantages of functioning of independent and impartial courts.

The role of the judicial and the overall legal system on economic prosperity has been traditionally examined by the new institutional economics, particularly transaction cost economics. Institutions, including formal institutions such as the legal system, are crucial to the economic development in the countries worldwide, because they provide the environment and the framework within the economy and market function. Institutional framework concerning design and functioning of open market economies profoundly depend on effective judicial decision making system. Sherwood, Shepherd and de Souza (1994) explain that market supportive legal system provides the following outputs: equal access to courts by private parties, predictable outcomes of disputes, timely outputs and adequate remedies to the wrongs established by the court. In order to achieve this results several precondition need to be meet, including: existence of impartial and incompetent decision makers, allocation of adequate court resources, developed balanced procedures, access to full public information etc.

Courts play a crucial role in development of economies around the world as an enforcer of property rights and contracts. Enforcement of property rights is a vital factor for economic prosperity (North, 1993). In this process, a well-functioning court system has immense role in enforcing the right and settling disputes. Extensive work has been created in order to examine how to create and manage independent and impartial court system that will be efficient and accurate in securing property rights. For example, North provides a theoretical model for determining economic loss due to the poor formal institutional arrangements and judicial process (1990). One of the most prominent attempts to articulate judicial independence with regard to economic performance is the

creation of de jure indicators and de facto indicators (Feld & Voigt, 2003; Voigt, Gutmann and Feld, 2015). De jure judicial independence is represented by indicator based on information set in official documents and information about different legislation. On the other hand, de facto judicial independence indicator is based on 8 different aspects covering actual events from 1970s to 2010. The data is collected through surveys with local experts from countries worldwide. Both studies confirm that de jure judicial independence does not have significant influence on economic prosperity given as growth rates. However, de facto independence is proven to be robust statistically significant determinant of economic growth worldwide.

Even though some authors (Berg and Desai, 2013) think that it is difficult to prove direct causality between economic development and judicial independence, there is a clear positive relationship between them. For example, Nganunu (2015) recommends to the Commonwealth states to take appropriate measures that will guarantee the independence of the judiciary and to improve the accessibility and effectiveness of the court systems in order to stipulate growth. Wittrup (2010) discussed that there was an international consensus about the economic importance of judicial independence. He suggested that the governments should have taken this concept very seriously and should encourage actions that will increase the confidence in judiciary by the citizens, because the confidence generates faster economic growth rates. Moreover, valid and objective indicators of court workload and performance should be developed.

Judicial independence and impartiality have impact not only on macroeconomic level, but also rise microeconomic benefits for the organizations themselves. Thus, judicial independence has an impact on judicial accountability (Maskin and Jean Tirole, 2004; Hanssen, 1999). The organization of the court system has effect on the outcomes of how the institution is working. For example, the confidence of the public in the legal system and court ruling can be negatively affected by bringing inaccurate or personal decisions, which can ultimately lead to fall in economic activity (Hadfield, 2007). Furthermore, court impartiality is connected with the judicial experience, education and training, also known as “judicial human capital”. Ball and Kesan (2010) examine how judicial human capital is associated with judicial accountability and impartiality and on judicial accuracy and efficiency. Their analysis is focused on litigation of patent infringement disputes in the United States. The authors conclude that judges’ experience is decreasing patent cases duration, by improving management of patent cases and lower appellate reversal rate.

Important prerequisite in ensuring judicial and court independence is

overcoming the inevitable budgetary constraints. The Council of Europe's Recommendation CM/rec (2010) 12 of the Committee of Ministers to Member States on independence, efficiency and responsibilities of judges covers different aspects of judiciary independence, including both external and internal independence of judges. Judiciary independence is considered as vital guaranty for respecting fundamental human rights of each individual to be granted a fair trial solely on legal grounds without any inappropriate influence. Regarding resource allocation in the judiciary, the Recommendation proclaims that "[e]ach state should allocate adequate resources, facilities and equipment to the courts to enable them to function in accordance with the standards laid down in Article 6 of the Convention (for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) and to enable judges to work efficiently" (Paragraph 33).

European Network of Councils for the Judiciary in 2011 Vilnius declaration on challenges and opportunities for the judiciary in the current economic climate acknowledges the economic value of an independent and efficient judiciary in providing sound investment climate (Article VI). Some of the recommendations included in this declaration, with regard to court economic independence and overcoming economic turbulences resulting from the European economic crises, foresee design and implementation of long term judicial policies, continuous investment in administration of justice, modern technologies and human resources in judiciary, involvement of judiciary and judges in the reform processes, respecting principles of openness, transparency, accountability, respect for the citizen in decision making processes. Most importantly, the Declaration contains straightforward position about the connection between judiciary independence and budgetary constraints: "The independence of the Judiciary and of every single judge is to be preserved as a prerequisite for the delivery of a fair and impartial justice in protecting human rights and fundamental freedoms. No necessity for cost cutting can be allowed to undermine judicial independence" (Article 10).

"Funding of the Judiciary" project by the European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ) was initiated in 2015. The purpose of this project was to facilitate establishment of minimum judicial standards and to strengthen mutual trust between judges and other judicial authorities (ENCJ Report- Funding of the Judiciary 2015-2016, pp. 6). The project team within this initiative has formulated the following 12 recommendations with regard to court independence, with focus on overcoming budgetary constraints: (1) Courts should not be financed on the basis of discretionary decisions of official bodies but on the basis of objective and transparent criteria; (2) To ensure and strengthen the separation of powers, the Council for the Judiciary,

or a body on which the Judiciary is represented, should be closely involved and fully informed at all stages in the budgetary process and should have an opportunity to express its views about the proposed budget to Parliament; (3) The preparation of the budget for the judiciary, including the administration of courts and the training of judges, should be wholly or at least partly under the control of a Council for the Judiciary or of equivalent independent and autonomous bodies; (4) Each State should therefore allocate adequate resources, facilities and equipment to the courts to enable them to function in accordance with the standards laid down in Article 6 of the European Convention on Human Rights and to enable judges and court staff to work efficiently; (5) Courts should not be funded on an annual basis but should have the certainty of longer-term financial budgets and should be protected from fluctuations caused by political instability; (6) Budgetary constraints may lead to the necessity for prioritization in the allocation of resources. Any prioritization must be determined by the judicial authority itself; (7) To meet the present and future legitimate expectations of society, the judicial system must have the resources to innovate and modernize such as information and communication technology; (8) It is therefore necessary to make sure that budgetary constraints must not be the determining factor in: the case management of trials and the rules governing the right of appeal, the promotion of alternative dispute resolutions, and any attempt to diminish the role of the judge in the determination of disputes; (9) Any prioritization policy should be open and transparent; (10) In order to retain and attract the highest quality judges and maintain judicial independence, judicial remuneration must at all times be commensurate with their professional responsibilities, public duties and the dignity of their office; (11) To guarantee the quality of justice, adequate funding must be made available to ensure that judges are appropriately trained, initially and continuously throughout their career; and (12) If members of the judiciary are given responsibility for the administration of the courts, they should receive appropriate training and have the necessary resources in order to perform that function (ENCJ Report- Funding of the Judiciary 2015-2016, pp. 3-5).

Another, more recent report from the Council of Europe (Challenges for judicial independence and impartiality in the member states of the Council of Europe, 2016) analyses the economic basis of the judiciary, after the severe economic downturn in the 2010s in many European countries. According to this report, chronic underfunding of the judiciary is a threat to the democratic capacities of the European states and thus should not be accepted. In order to meet the needs of the judicial systems, the country members must allocate appropriate funds for efficient work of the courts and the prosecutors' offices

and for remuneration of judges and prosecutors (Paragraph 24). Another aspect that is taken into consideration in this report is the budgetary autonomy of the judiciary. Usually budgetary control over the courts is devoted to the government or the parliament of the country, but there are still countries where government still has some influence over the budget creation and allocation (Paragraph 255, p.84-85).

3. Data and methodology

The data used for the purposes of this paper were collected through the European Commission for the Efficiency of Justice (hereinafter: CEPEJ) dynamic database. CEPEJ was established in 2002 by the Committee of Ministers of Council of Europe with purpose to assess the efficiency of judicial systems and proposes practical tools and measures for working towards an increasingly efficient service for the public (CEPEJ STUDIES No. 26, 2018, p. 5). The CEPEJ adopted new version of the Scheme (CEPEJ(2018)16rev5) in 2018 in order to strengthen the corpus of data collected at regular intervals and to making it easier to draw comparisons and assess trends.

The data used for the purposes of this research date back to 2010 and are published with biannual frequency (2010,2012,2014 and 2016). The database cover total 49 countries¹, from which 47 countries are members of Council of Europe plus Israel and Morocco.

Several variables were extracted from the CEPEJ database. First four variables are demographic and economic variable. These are later used in order to explore the economic importance of judiciary independence. These data were provided by all participating States and entities (CEPEJ Studies No. 26, 2018, p.13).

First variable in this subset is titled *Inhabitants*. The variable presents the number of inhabitants in a country in the reference year. The variable *Expenditures* presents the total annual amount of public expenditure covering all expenses made by the (federal) state or (federal) public bodies, including public deficits. If applicable, expenditures at federal level are excluded. Next variable titled *GDP* is the gross domestic product per capita. IT is given at

¹ Following states had participated in the process: Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Republic of Moldova, Monaco, Montenegro, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, North Macedonia, Turkey, Ukraine and United Kingdom. The results for the United Kingdom are presented separately for England and Wales and Scotland, because their different operating and independent judicial system.

current prices (nominal GDP). GDP is an indicator of economic activity which measures total consumption, investment, government spending and the value of exports minus imports. Variable *Salary* reflects the average gross annual salary in the country for all sectors of the economy (public and private) given in Euros. The gross salary is calculated before any social expenses and taxes have been deducted.

As an illustration of judicial independence, we retrieve three variables from the CEPEJ dynamic database. First one is referring to the judicial budget of the selected countries in the sample, and the second two are different measurements of the salaries in the courts. In absence other comparable details about court and judicial independence, we assume that the higher judicial budget per capita (or per inhabitant) in a country is, the courts are more independent. Same explanation applies to the salaries of the judges too.

Judiciary budget is a variable that presents sum of the budgets of the courts, prosecution system and budget for legal aid. The budget of the courts reflects the annual, approved and implemented, public budget allocated to the functioning of all courts. Funding from other sources is excluded. This variable is calculated as a sum of several categories, including salaries are those of all judicial and non-judicial staff working within courts, excluding, if appropriate, the public prosecution system (and the staff working for the prosecution services), expenses for equipment, investments, installation, use and maintenance of computer systems , expenses that the courts should pay out within the framework of judicial proceedings, courts buildings' budget, investments in new buildings, expenses arisen by trainings of judges and non-judicial staff , and other relevant costs.

With regard to the salaries in the judiciary and in the court system, two separate variables were taken into consideration. The variable *Salary at the begging of career* represents the salary at first instance court for a judge or a public prosecutor. Second variable, *Salary at the end of the career* indicates the average salary of a judge/prosecutor at the highest level and not the salary of the Court President/the Attorney General). Both of the variables are given as salary for full-time work. The gross salary is calculated before any welfare costs and taxes have been paid.

In Appendix 1 of the paper basic descriptive statistics (average values) of all of the variables included into the research are given.

4. Results

In this section of the paper, we present the results from our research. In order to describe the interconnectedness between judicial budget and judges'

salaries, on one hand, and the fundamental macroeconomic variables, on the other hand, we have constructed one correlation matrix and two sets of scatter plots. Both descriptive techniques used in this section are used to present the possible relation between the variables included.

Table 1 presents the results of the correlation matrix. The matrix includes four variables: judicial budget per capita, GDP per capita, total annual amount of public expenditures per capita and average annual gross salaries. The sample utilized for this technique is balanced and is constructed by 134 observations. In the correlation matrix two results are reported: correlation coefficients and p-values

Table 1. Correlation matrix

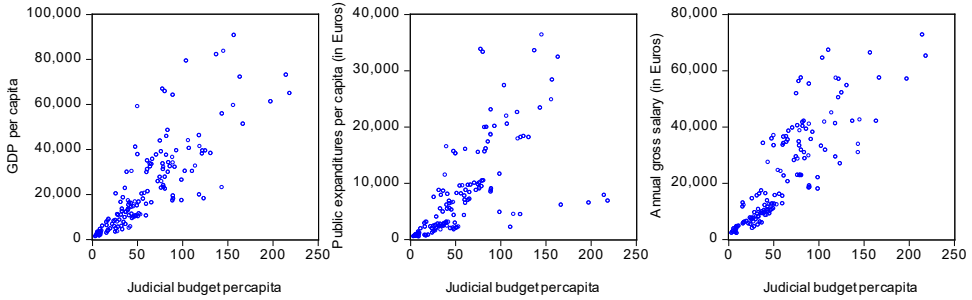
	Judicial budget per capita	GDP per capita	Annual public expenditures per capita	Annual gross salary
Judicial budget per capita	1.00 (-----)			
GDP per capita	0.836444*** (0.0000)	1.00 (-----)		
Annual public expenditures per capita	0.637898*** (0.0000)	0.865938*** (0.0000)	1.00 (0.0000)	
Annual gross salary	0.855549*** (0.0000)	0.905017*** (0.0000)	0.727222*** (0.0000)	1.00 (-----)

Source: CEPEJ dynamic database 2018, Author's calculation.

Note: Values in parenthesis are p-values of correlation coefficients.*** correlation is significant at 0.01 level.

Secondly, Figure 1 presents three related scatter plots. Scatter plots are commonly used to visualize the connection between two variables. At all of the three cases presented at Figure 1, the x-axis represents the judicial budget per capita, while the y-axis shows GDP per capita, public expenditures per capita and annual gross salary in the sample countries, respectively. It can be noticed that scatter plots suggest existence of strong and positive correlation between judicial budget and the other variables.

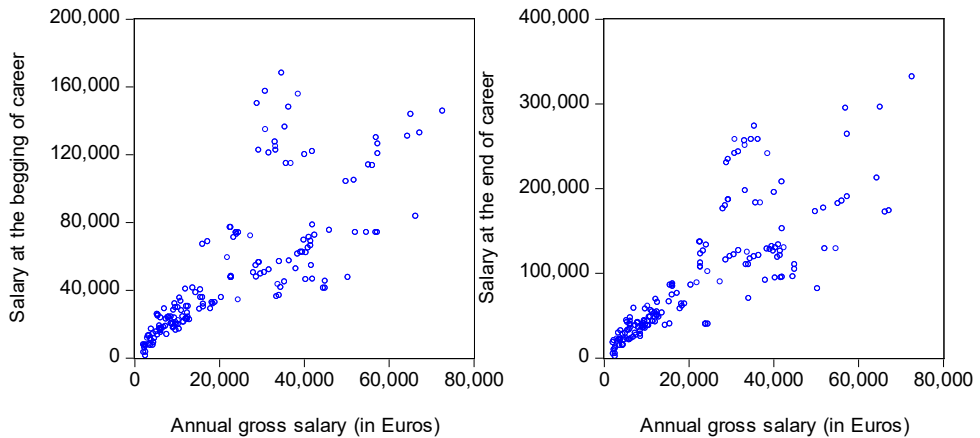
Figure 1. Judicial budget and macroeconomic performance (2010-2016)



Source: CEPEJ dynamic database 2018.

Another important aspect of judicial independence is to be ensured an environment where judges can bring objective judgments and decisions, free from inside and outside pressure and influence. In order to achieve this goal, determining resource allocation, especially judges' remuneration has critical position. The next figure (Figure 2) presents the connection between the annual gross salary of judges in the selected countries, both at the beginning and at the zenith of the career, compared to the annual gross salary in the country. The two scatter diagrams plots biannual data from 2010 to 2016. The all of the salaries variables are given in Euros. In these cases, as well, the scatter plots suggest positive connection between the variables.

Figure 2. Average vs. judges gross annual salaries (2010-2016)



Source: CEPEJ dynamic database 2018.

5. Discussion

From the correlation matrix and scatter plots in the previous section, several things can be noticed. First, the results of the correlation matrix suggest that there is strong positive correlation between judicial budget, on one hand and GDP per capita, annual gross salary and annual public expenditures, on the other hand. The value of Pearson correlation coefficient between judiciary budget per capita and GDP per capita and annual gross salary, respectively, is above .8, suggesting a fairly strong positive linear correlation. In the case of the relation between judiciary budget and annual public gross expenditures, there is a moderate positive correlation. All of the correlation coefficients are statistically significant at 99% level of confidence. These results can be interpreted as a proof that countries of Council of Europe with higher judicial budget have higher realization of GDP and annual public expenditures, both per capita. Also, the average gross salaries in the countries with higher financial independence of the judiciary and courts are also higher.

First set of scatter plots visualize these connections. From the three diagrams in Figure 1, it is evident that the linkage between the selected variables is positive and strong. The p-values, previously calculated, suggest that the coefficients are statistically significant with highest precision.

The second set of variables explores the connection between the annual gross salary in the selected countries and the salaries of the judges. In these cases, as well, strong positive correlation can be noticed. The judges earn relatively more, both at the beginning and at the zenith of their career, in countries where there the annual gross salary is higher. Actually, in countries where workers earn relatively better gross salaries, the judges are also earning more.

6. Conclusions

It was already acknowledged that independent and impartial judicial system is one of the imperatives of democratic societies. Our research has proven that it also raises and correlates with valuable economic benefits. The analysis of the CEPEJ data regarding judicial impartiality and independence in Council of Europe country members prove that there is a clear connection between judicial independence and economic performance. Judicial independence expressed through judiciary budgets and judges' wages in all of the examined cases is positively correlated with fundamental economic indicators, such as GDP, public expenditures and average salaries.

The results from our research are in line with the broader conclusion that there is a clear connection between court impartiality and independence and economic prosperity, both on macroeconomic and individual, microeconomic or organizational level. Policy makers responsible for creating adequate and stimulating legal environment should take into consideration these conclusions when designing the institutional arrangements.

Appendix 1. Average values of variables (2010-2016)

Country	Inhabitants	Annual public expenditure (State level)	GDP	Average gross annual salary	Judicial System Budget	Gross annual salary in € (1st inst. Prof. judge, beginning of the career)	Gross annual salary in € (Supreme court professional judge)
Albania	2,945,086	2,901,885,750	3,420	4,292	25,422,844	8,283	15,041
Andorra	77,829	630,962,015	30,143	23,622	7,248,399	70,182	52,032
Armenia	3,071,545	2,104,956,676	2,708	3,142	20,586,986	10,458	21,122
Austria	8,541,084	168,415,771,000	37,378	30,211	799,756,646	49,897	120,916
Azerbaijan	9,353,850	14,694,367,205	4,956	4,334	104,568,469	15,244	23,493
Belgium	11,133,170	210,085,250,000	34,952	40,823	954,932,283	65,573	123,379
Bosnia and Herzegovina	3,752,938	5,754,438,076	3,752	7,818	108,192,059	23,623	40,601
Bulgaria	7,238,295	15,816,247,999	5,670	4,860	225,520,445	14,690	28,117
Croatia	4,263,452	13,625,056,875	10,453	12,520	227,148,757	25,069	54,089
Cyprus	844,184	8,174,001,564	20,954	23,215	51,123,728	74,462	133,242
Czech Republic	10,532,534	67,383,264,155	15,046	11,799	480,712,001	27,277	58,459
Denmark	5,642,935	89,051,159,990	45,101	45,943	456,599,743	112,671	188,087
Estonia	1,313,895	7,308,973,994	13,847	11,491	47,873,929	37,281	49,537
Finland	5,444,250	53,431,811,500	36,424	38,757	379,169,677	60,752	127,788
France	65,980,434	454,275,000,000	31,607	34,378	4,158,454,590	39,844	114,073
Georgia	4,100,175	3,104,443,028	2,639	3,026	30,645,333	15,609	24,608
Germany	81,235,279	357,164,000,000	33,614	46,217	9,592,848,054	43,754	98,011
Greece	11,000,780	126,192,630,395	17,418	18,982	503,066,991	31,556	82,614
Hungary	9,886,983	51,803,171,870	10,303	9,681	411,992,035	17,306	36,573

Iceland	327,100	2,187,797,904	30,065	40,800	21,315,633	87,206	111,112
Ireland	4,617,985	71,700,000,000	43,135	35,604	241,935,000	124,974	205,234
Israel						97,566	141,862
Italy	60,424,182	564,353,662,866	26,407	28,844	4,515,637,756	54,328	182,255
Latvia	2,061,210	5,062,158,118	10,945	9,173	68,198,407	18,270	35,308
Lithuania	3,004,352	7,900,047,939	11,313	7,957	94,986,634	21,058	31,343
Luxembourg	547,635	17,658,966,667	86,225	49,200	79,939,574	77,438	151,574
Malta	430,063	3,498,902,000	19,452	15,836	13,917,863	53,601	57,248
Monaco	36,842	1,008,915,622	63,286	38,747	5,656,019	45,487	111,736
Montenegro	620,029	1,659,187,300	5,515	8,721	25,795,859	21,323	30,973
Morocco	34,852,121	24,856,000,000	2,768	12,972	559,746,097	22,408	47,975
Netherlands	16,854,757	305,064,500,000	39,530	55,250	2,098,790,625	74,000	128,900
North Macedonia	2,065,613	1,416,405,430	3,955	6,108	38,345,443	17,359	21,707
Norway	5,098,856	150,199,604,984	68,950	58,277	448,441,432	119,679	192,365
Poland	38,415,500	75,102,507,588	10,348	10,252	1,847,071,383	21,371	59,324
Portugal	10,452,166	84,415,025,000	16,599	16,888	612,425,978	33,950	80,916
Republic of Moldova	3,556,485	2,160,206,827	1,556	2,552	22,026,603	5,255	8,350
Romania	21,163,472	44,576,426,000	7,123	6,037	596,385,140	25,775	46,946
Russian Federation	142,914,136	249,891,324,751	7,766	6,210	3,953,130,968	15,988	47,265
Serbia	7,161,295	14,619,815,036	4,394	5,993		15,545	34,015
Slovakia	5,425,700	15,564,435,500	13,531	10,032	229,802,165	30,236	43,676
Slovenia	2,058,998	15,979,586,383	17,946	18,436	189,315,878	31,529	61,544
Spain	46,241,065	454,371,041,428	23,046	22,772	3,653,632,734	47,659	112,327
Sweden	9,678,493	209,809,267,725	43,050	40,232	1,027,894,966	61,899	111,369
Switzerland	8,140,072	55,533,087,693	62,555	63,073	1,628,949,154	136,389	296,543
Turkey	76,424,868	228,123,383,383	8,163	11,749	1,301,164,293	22,338	43,218

UK- England and Wales	56,889,439	.	30,268	33,422	5,033,445,906	127,358	255,964
UK-Northern Ireland	1,821,175	.	20,326	29,027	234,606,012	128,682	245,942
Ukraine	44,188,417	28,332,006,310	2,248	2,604	374,507,357	7,321	17,382
UK-Scotland	5,322,000	.	30,653	33,266	431,084,922	157,756	242,472

*Dr. Marko Dimitrijević, LL.D.**

**THE JUDICIAL PRACTICE IN CONTEMPORARY
INTERNATIONAL MONETARY-LEGAL DISPUTES: DILEMAS AND
RECOMMENDATIONS****

UDC: 339.732.4:341.645.5(4-672EU)
Original Research Paper

Abstract: *The subject of the analysis in the work is to examine the relevant court practice in resolving international monetary legal disputes, primarily from the domain of the European Central Bank Law as the key subject of the international monetary order. In this respect, the emphasis in the research is on issues concerning nature, the consequence of the initiation and resolution of monetary disputes with the elements of the external effect of lex monetae principle, primarily in the domain of the monetary jurisdiction of the European Economic and Monetary Union (EMU). Also, attention is paid to the analysis of current judgments of the European Court of Justice about the legality of new models of macroeconomic monetary and fiscal management in the EMU. By applying the dogmatic, axiological and comparative legal methods and critically examining the judicial practice in the conditions of the global financial and economic crisis, the author will try to point out the greatest dilemmas in clarifying the legal-economic (monetary) factual state regulated by the monetary legal norm, as well as the need for constant education of judges in the field of monetary law sine which is conditio sine qua non of credible estimates of monetary legislation normative effects.*

Keywords: *international monetary law, monetary disputes, International Monetary Fund, European Central Bank, lex monetae.*

* Assistant Professor, Faculty of Law University of Niš, markod1985@prafak.ni.ac.rs

** The paper is a part of the research done within the project "Protection of Human and Minority Rights in the European Legal Area", D172046 financially supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia

1. Introduction

Legal regulation of monetary relations is a *conditio sine qua non* for maintaining monetary stability, both at the national and international levels. In the context of globalized capital flows, the effects of monetary instability, characterized by the undermining of the authority of monetary jurisdiction, the collapse of the monetary system and the relativization of monetary (state) management functions, are not territorially limited only to the space within the operation of a concrete monetary legislation, but also to other countries that are connected with the affected one in geographical terms or rather represent their foreign trade partners.¹ The reason for the this (negative) spillover of monetary instability lies in the fact that all monetary jurisdictions inevitably participate (either directly or indirectly with varying degrees of intensity) in the creation of an international monetary order, which fundamental principle is to preserve the monetary balance as the basic component and the precondition of general economic stability. The contribution of states in the implementation of the mentioned principle in practise can differ from one to another, depending on the degree of monetary consciousness development, as well as solutions in positive monetary legislation, which must be regulated by special monetary laws (outside the private civil law branch, which were common trend in the period when monetary integration was not so pronounced). Monetary legislation represents *sui generis* legal sources, whose object of social protection as a specific legal case is determined by the need for optimal regulation, management, and protection of relations in which monetary agents (public entities) participate.

The specificity of monetary law norms is conditioned, *inter alia*, with the sophisticated competence of monetary institutions that participate in their creation and implementation. At the national level of monetary management, these are central banks, supreme audit institutions (organized as judicial or administrative) and public debt management agencies, as well as other monetary policy actors who participate as interveners in monetary procedures. At the international level, the primary entities are the International Monetary Fund and the European Central Bank, whose jurisdiction *ratione materiae* is not only applied the existing monetary norms but also creates their own law that exists within the international monetary legal corps relatively independently of supranational law. This is confirmed by the fact that refers to the process of international monetary law disintegration that has reached a high level of development sufficient to enable the start of the disintegration

¹ Marko Dimitrijević, *Institucije međunarodnog monetarnog prava* (Pravni fakultet Niš 2018), 35-45.

process, so nowadays we can talk about the Law of the IMF and Law of the ECB. Certainly, the World Bank and the Bank for International Settlements have the unquestioned influence on the conduct of monetary flows, but their ratio of operations is not limited to the monetary business of public-law collectivities (state or monetary unions), but it is far wider, which is why they have secondary importance in the field of legal regulation external effects of capital flows.

The International Monetary Fund is an *actor primus* in preserving the flow and improvement of the international monetary order. This task evidently fulfills the promotion of international monetary cooperation, which becomes very concrete from the abstract category, which allows for the derogation and abrogation of existing monetary legal solutions. Although the International Monetary Fund takes a central place in global financial architecture, its ongoing task is to achieve monetary stability, as it is primarily a monetary (not financial) institution that is in practice discharged from sight. Regardless of the importance of preserving monetary stability, when approving the financial support program, it is necessary to pay attention to reaching the same concept of the enjoyment and protection of human rights (especially economic and social which directly affects the impact on the standard of living of the population). In the conditions of the global financial crisis, it became clear that certain qualitative changes in its competence were necessary in terms of reforming the existing institutions that work with it in order to create an optimal monetary instrument that can anticipate, control and minimize the consequences of future crises in the member states of the Fund, and those who want to become. Such reforms are in the function of confirming and strengthening the credibility of the Fund, more transparency of its work, as well as informing citizens of the nature and purpose of the monetary prerogatives of its members.

2. The Monetary Sovereignty as Quee Value protected in Monetary Disputes

The concept of monetary sovereignty in practice shows the characteristics of a dual nature, so in addition to the positive components, it includes normative components. As such, the concept of monetary sovereignty is much more than a “mere” framework of the powers and duties of the state in the field of national and international monetary and legal relations.² In the context of globalized economic and financial flows, this concept carries out the functions of a

² Claus D. Zimmermann, “The Concept of Monetary Sovereignty Revisited” (2013) *TEJOIL* 24(3), 798-800 and *Contemporary Concept of Monetary Sovereignty* (Oxford University Press 2013), 20-37.

legal benchmark for evaluating modern ways of implementing the sovereign authorizations of the state in the field of monetary obligations, which helps us to perceive the essence of complex and heterogeneous factors that form the norms of international monetary law. The contemporary concept of monetary sovereignty undoubtedly follows the conceptual continuity of the doctrinal and historical origins of classical monetary sovereignty, but on its basis, it is today very dynamic, as its positive and normative components continuously evolve in the conditions of the international economic environment. The characteristics of modern monetary sovereignty are essential complexity (must include different dimensions of its meaning), a criterion character (but with the absence of a universal criterion of consistent application) and normativity since it expresses and includes mutually different values.³

The concept of monetary sovereignty cannot be characterized as a purely positive or purely normative concept because in this case, it would be a matter of simplifying the facts and components from which it was compiled. Monetary sovereignty cannot be reduced to only the positive components (in the form of a descriptive catalog of the regulatory powers of the state in monetary flows) because it incorporates dynamic categories and values that constitute the benchmark of the legitimacy of monetary entities. This would mean that in the narrowest sense, monetary sovereignty implies the existence of a kind of “public monetary management”, which does not tolerate any external actors, which can hardly be sustained today. The growing economic and commercial interdependence and the process of harmonization of economic, financial and monetary law in the European Union (EU) do not, however, speak in favor of the ending of the concept of monetary sovereignty.⁴ On the contrary, these tendencies merely confirm the thesis of its evolution through a new form (*sui generis*) of sovereignty in the form of a joint exercise is so-called “cooperative monetary sovereignty”.⁵ Such a change was highly anticipated given the fact that countries have great difficulties in securing adequate legal protection of all constituent elements of monetary sovereignty, and hence the cooperative model replaces all the weaknesses of national protection.

³ Susan Besson, “Sovereignty in Conflict” (2004) *EIOP* 8(15), 3-4.

⁴ Marko Dimitrijević, “The Impact of European Integration on the Formation of New Monetary Law: The Case of Serbia” (2016) *HJLS* 57/4, 416-426.

⁵ The latest example of such disputes relates to the ECB’s behaviour in the event of the application of measures to buy bonds on the secondary market. Namely, the measures undertaken by the ECB in the conditions of the crisis are reflect of new jurisdiction in the field of controlling functions aimed at preserving monetary and maintaining financial stability. See: Marko Dimitrijević, “On the procedural Legitimacy of the European Central Bank in Monetary Disputes” (2017) *Law and Economy* (7-9), 158-169. and “Normative Regulation of Banking Union in European Monetary Law” (2017) *TEME* (2), 517-528.

3. *Some Basic Remarks about Monetary Disputes*

Monetary disputes are special kind of administrative disputes which involve central bank as keeper of monetary sovereignty. Due to the specific nature of relationships and outcomes, monetary disputes cannot be guided by the interest of the political influence members of EMU and justified by reasons of pragmatism. It must primarily be motivated by the protection of supreme monetary institutions that perform their tasks in the interests of society and economy, which is, in our opinion, for the first confirmed in the OMT case (outright monetary transaction).⁶ The European Court of Justice confirmed legitimacy and legalities to the proposed measures of the ECB, explaining it by the fact that the OMT program falls under the program of a unified monetary policy which the ECB sovereignly conducts in accordance with the monetary strategy in order to preserve monetary stability (i.e. price stability as the primary goal that is more consistently realized by the application of these measures).

We can note that in monetary disputes the requirements for the assessment of constitutionality and legality are subject to certain limitations. It is clear from the Court's decision that the conduct of monetary policy requires the possession of expert knowledge and expertise, which only ECB has in European monetary law and enjoys discretionary powers for their implementation.⁷ Although for some theorists, this decision represents another confirmation of the expansion competence trend of the communitarian institutions by the provisions of the secondary legislation, we consider that in this case the conduct of the ECB was not contrary to the provisions of the primary law, but rather represents a new way of manifesting the competence in conditions of crisis. ⁹ Although the aforementioned work was written in the first half of the 20th century, the author's argument was, in our opinion, far removed from its time, because although it is "pioneering" in a certain sense (since it is the first rounded monetary law in a comprehensive way) a benchmark of standards to which modern theoreticians of monetary law are still today. The actuality of monetary law stems from the fact that solving the various effects of monetary problems produces direct consequences on the rights and obligations of the involved subjects in monetary relations. Practitioners are particularly concerned about this issue, primarily lawyers who can not give a precise answer to the question of the legal profession's attitude towards changes

⁶ Case C-62/14 Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag (OMT) of 16 June 2015, ECLI:EU:C:2015:400. This program contains monetary measures for buying bonds in secondary financial markets.

⁷ Given that in monetary disputes, the Court can not pose the essence of monetary measures (because there is no competence for such a thing).

in the law of value, so their answer is usually superficial and incomplete. It is interesting that many monetary problems emerged through history could not be solved at a given moment, so their *intertemporal transmission* was at the expense of the future generations. The best example is that some of the problems that escalated during earlier monetary crises are still current (the consequences of hyperinflation, oil crises and the collapse of the domestic monetary system in former communist countries).

4. The Outright Monetary Transaction Case: The Confirmation of ECB Supreme Monetary Prerogatives

A significant case-law relates to the examination of the compatibility of the ECB's program for the purchase of bonds in the secondary financial market (hereinafter referred to as "outright monetary transactions"-OMT) with primary EU law (the founding acts). The ECB adopted this program in 2012 when the ESCB was authorized to buy bonds in the secondary market to prevent the disruption of the normal flow of transmission mechanisms for the purchase of bonds and to preserve a single monetary policy.⁸ Namely, the ECB has previously established that interest rates on bonds in different Member States are quite differentiated, where such rate differentials do not arise from different macroeconomic circumstances in specific countries but are caused by high demand for high-risk bonds that can carry a significant premium. Transmission mechanisms show that the minimum reserve policy of the central bank determines the level of liquidity of commercial banks, where the client's interest rate expectations also affect long-term (market) interest rates, and disturbances in its amount affect the supply and demand for goods and services and determine their price.⁹ Such circumstances may influence the fragmentation of the banking market, deviation from generally accepted principles in terms of debt refinancing and credit costs in the euro area, which diminishes the contribution of monetary measures and instruments to the desired economic development and stability.

The implementation of the concept of the aforementioned measures was conditioned in Germany, as a leading member of the Eurozone, by the previous decision of the Constitutional Court on the legal nature of the said concept, which raised the question of whether the ECB had a mandate to adopt

⁸ Decision of the Governing Council of ECB of 6 September 2012 on a number of technical features regarding the Eurosystem outright monetary transaction in secondary sovereign bond markets, 1-5.

⁹ Antonio Luca Riso, "An Analysis of the OMT Case from a EU Law Perspective" in: *The ECB's Outright Monetary Transactions in the Courts* (ed. Helmut Siekmann and Al. 2015) IMFS Interdisciplinary Studies in Monetary and Financial Stability, 19-29.

such a program under the provisions of primary law (for violation of Article 136 of the Treaty on the EU on the Prohibition of Collective Responsibility for Public Debt, or the Financing of Foreign Debts) and whether such actions call into question the basic principles of a democratic society guaranteed by the constitution. In its decision, the Constitutional Court considered that the OMT program was a form of arbitration of the ECB and that the consequences of debt crises, which could be expected in the future, do not give the ECB legitimacy to depart from the principles set out in the provisions of the founding acts. The lack of legitimacy of the OMT concept, according to the court understanding, arises from the existence of quantitative restrictions on the purchase of bonds, which may change the scope of financial support measures set out in the European Stabilisation Mechanism Agreement. In the opinion of some authors, such action by the Constitutional Court is to support the postulates of the so-called separation theory, which points out the difficulties judges have in resolving disputes involving the central bank and where comprehensive consideration of its monetary policy also implies a violation of institutional independence in the work, which requires that certain restrictions must be placed on monetary judges' disputes.¹⁰

Monetary policy is not just an ordinary set of administrative activities that must be brought under judicial control in order to exercise and protect individual rights but implies the use of complex techniques and models aimed at sustainable economic growth. The central bank, as the principal subject of such a policy, must act *pro-futura* and bear responsibility for deviations from the objectives set out in the single monetary strategy. Judges of the other party have a retrospective view of dispute resolution, which is quite expected, since the court cannot speculate on the future behavior of monetary agents, nor can it have jurisdiction. This is precisely the result of the weakness of the argument in the judgment regarding the arbitrary conduct of the ECB during the debt crisis since such a decisive thing cannot be established.¹¹ It is interesting that the Constitutional Court, for the first time in its history, referred the issue to the European Court of Justice for resolution, which only proves the fact that it was probably the most significant monetary dispute in the new EMU (subjective view of the author), which requires synergy of national and supranational judicial instances. Monetary disputes represent a special category of disputes in which the central bank's actions are resolved, that is, the administrative nature of the acts of the supreme independent monetary institution is decided.¹² It is a

¹⁰ Matthias Goldman, "Adjudicating Economics?", Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review", *German Law Journal*, Special Issue: „The OMT Decision of the German Constitutional Court 2014“ 15(2), 265-280.

¹¹ BVerfG, 2 BVR 2728/13 of 14.01.2014.

¹² Herwig C. H. Hofman, "Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and European

fact that in modern monetary law, central banks resemble independent agencies that enjoy a significant place in the constitutional order of the country, whose decisions have significant implications for the budget and public finances, and whose powers are elaborated by separate laws and by-laws.

In its decision, the European Court of Justice upheld the legitimacy and legality of the ECB's proposed measures, justifying it by the fact that the OMT program falls under the scope of the single monetary policy pursued by the ECB on a monetary strategy in order to preserve monetary stability, more precisely price stability as the primary objective pursued more consistently by implementation of the measures mentioned.¹³ In this context, we can see in the court's decision a clear distinction between monetary and economic union in EMU, which is precisely distinguished by a strong monetary union and a weak (non-unified) economic policy. The OMT concept is *de facto* a measure of a single monetary policy pursued at supranational level and aimed at monetary stability rather than a measure of decentralised general economic policy pursued by members at the national level, subject to restrictions on the principles of proportionality and subsidiarity, although we may note that these the measures also have an indirect effect on general economic policy. When it comes to the purchase of bonds on the secondary market, the Court considers that this does not violate the norms of primary law, but merely manifests one of the ECB's standard measures set out in its Statute (Article 18) and Protocol no. 4, which regulates more openly ECB operations in the open market. The implementation of the OMT program is conditioned by the tasks undertaken by the Eurozone Member States in the ratification of the European Stabilisation Mechanism Agreement, concerning the development of macroeconomic adjustment programs, which once again confirms the impact of the measures on the general economic policy goals, but again, we emphasize only as secondary effects without danger to the violation of the principles of communitarian law.

The Court was also of the view that the measures adopted did not violate the principle of proportionality, since the said concept did not go beyond the minimum necessary to achieve monetary stability, thus clearly defining the objectives within the program framework without extensive interpretation of their purpose and justification. Concerning the potential prohibition of a no-bailout clause, the Court, like in the course of resolving the legal nature of the Fiscal Agreement, argued that the said clause prohibits any form of monetization of sovereign debt. the granting of credit to the governments of

Economic and Monetary" *Union*, IMF Working Paper 2015 19(1), 2-5.

¹³ Case C-62/14 Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag (OMT) of 16 June 2015, ACLI:EU:c:2015:400.

Member States by the ESCB as a lender, but does not essentially prohibit the ESCB from buying bonds from a creditor of the States (previously reported as issuers of those bonds). In the Court's view, in practice the ECB's secondary market interventions can have the same effect as the purchase of securities in the primary financial market, provided that potential purchasers of those bonds know reliably that the ECB buys the bonds on terms that allow them to act *as de facto* intermediaries of the bank transactions with public authorities of the Member States.

5. The Legal Nature of New Economic Governance Legal Pillars : The Case of Fiscal Treaty and European Stability Mechanism

Ratio legis of the Treaty on Stability, Coordination and Governance (Fiscal Agreement) in the Economic and Monetary Union is establishing the budget balance and the tightening of fiscal discipline as the main causes of the financial and economic crisis. The fiscal agreement is not signed by all Member States (only 25 countries without the consent of the United Kingdom and the Czech Republic), which has its place as debatable in the classification of sources of EU monetary law. Namely, from the aspect of EU primary law, the measures set forth in this act constitute a precedent *sui generis*, as primary EU law establishes processes to achieve substantive integration into which must be involved all Member States. It is the so-called institute of "strengthen cooperation" (Article. 20 of the Treaty establishing the EU and Article. 326-334 Treaty on the functioning of EU).

Unlike the Fiscal Agreement, the agreement on the constitution of the European Stability Mechanism had to be in accordance with the founding documents, so it was necessary to adopt appropriate amendments to Article 136 of the Treaty on the Functioning of the EU. Fiscal Agreement *de facto* contribute to a better integration of the Member States that have adopted it, but it is not in a function of the cooperation with the character of enhanced cooperation, because it is a kind of international agreement which is concluded outside the field of primary EU law and as such should not endanger the objectives and the basic principles established by founding acts or measures of the secondary law.¹⁴ The fiscal agreement must be seen as an integral element of measures as part of the so-called "new economic governance" whose primary objective is to preserve the stability of the euro, which is why its implementation is conditioned by the efficient application of the Euro-plus package and the operation of the European stabilization mechanism. When

¹⁴ Kusak Marta et Al., "Legal Aspects of the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union" *TLQ* 2013 (2), 102-117.

we speak about ensuring fiscal discipline we must bear in mind that customary business rules (which affect resolving of insolvency problem) also may differ from countries to countries.¹⁵

Implementation of the Fiscal Agreement must be consistent not only with primary and secondary EU law but also with customary law and general principles established by the judgments of the European Court of Justice. This means that in the case of collision of agreement with the EU will not be able to come to apply the provisions of the agreement and that in that case, the Court of Justice must make a decision on a possible (not) the application of specific measures. A legal nature of the fiscal agreement seems particularly controversial in terms of allocation of new powers of the EU institutions, because it is possible to implement either explicitly or implicitly, only the norms of primary law, regardless of whether it is a narrowing or expansion of the powers of authorities in the field of fiscal policy.¹⁶ In fact, art. 5 Fiscal Agreement provides significant powers of the European Commission and the Council in the approval and monitoring processes of budgeting and economic programs of the contracting parties that have a problem with excessive budget deficits. As this “new” powers of the Commission and the Council have not yet been adopted at the level of the communitarian law and their implementation remains controversial. However, there are some new powers that the Commission cannot accept and need not be subject to future adjustments. These are the competencies for determining the duration of the time frame and fiscal convergence of the general principles of the corrective mechanisms in case of exceeding the established fiscal rules of established Stability and Growth Pact (determined by the Commission against each member differently depending on the particular frame and situational rule of the economic factual situation).

As a result of this, the question of classification and the place of the Fiscal Agreement, the legal sources of the EU gains a special importance, because it transfers new powers from the national level of government on a Communitarian level and to the ad hoc use of the main institutions of the contracting parties, which according to our opinion, called into question the federal division of powers at EU level, which must be determined a clear and transparent founding acts. Accordingly, the provisions of the Fiscal Agreement, the Court of Justice may in proceedings instituted by the State contracting party or on the basis of the report of the Commission to make a decision on the introduction of rules on the budget balance in national legislation and impose

¹⁵ Jovan Zafiroski, *Monetarno pravo* (Skopje 2019), 88-89.

¹⁶ Rose, D.M., “The Legal and Constitutional Nature of New International Treaties on Economic and Monetary Union from the Perspective of EU Law”, *European Current Law* 2012 (5), 20-21.

financial sanctions (in the amount of 0.1% of gross domestic product) in the case of failure to comply with its decision within the given deadline. The Commission is empowered to initiate proceedings before the Court of Justice in the case of failure to submit the application by the contracting parties, which is contrary to the authority carried out on the basis of the Treaty on the Functioning of the EU, because the Commission cannot occur as a *locus stand* initiator of the process.

From the other side, European Stability Mechanism is a special kind of economic policy coordination mechanism which aim is financial assistance to the affected member states and as such represent a kind of collective guaranty for public debt for eurozone member countries (something which was strictly forbidden in EU monetary Law in accordance with art. 136 of founding Treaty!). Due to legal non-compliance with the Agreement on the European Stability Mechanism provisions of the founding documents, the representative of the Irish Parliament, Thomas Pringle has asked a question whether the Council's decision on changing Article 136 of the EU Member States impose obligations that are contradictory principles and EMU preservation.¹⁷ The Supreme Court of Ireland has this question to the European Court of Justice, which in solving issues sitting in plenary. The Court, in this case, has taken the view that there is no explicit provision of the EU Treaty and the Treaty on the Functioning of the EU, which prohibits any direct or indirect conclusion and ratification of the ESM. Also, the Court has taken the view of the agreement on the ESM that are not violated the provisions of the first part of the Treaty on the EU Functioning, which determines the competence of the Community in the field of monetary policy. The objective of the common monetary policy is to achieve price stability, while the ratio ESM financial stability of the eurozone as a whole. ESM is a coordinating instrument that is used in the field of general economic policy by the Member States and it shall not be affected into the domain of centralized monetary policy. The Court opinion was that the ESM, in principle, includes a set of instruments and measures to achieve closer coordination and supervision in the sphere of economic and fiscal policy and its effects on monetary policy remains indirect and secondary importance. The Court, at the same time, has taken a clear view on the issue of changes in responsibilities of institutions in the coordination process, stressing that the agreement on the ESM does not question their previously established powers. Strictly formalized procedure for the award of financial assistance is set in the function of preserving the rights of the EU in the part concerning the

¹⁷ Matthias Ruffert, *The European Debt Crisis and European Union Law*, CMLR 2011(48), 1777-1806 and Rosa Maria Lastra, *International Financial and Monetary Law* (Oxford University Press 2015),116-132.

coordination of economic policies of the Member States.

It is interesting the explanation of the Court in connection with the development of the macroeconomic stabilization program, where it is stated that they do not constitute a new mechanism of coordination, but only guarantees that all ESM tasks to be compatible with the non-bailout clause. The Court of Justice has also considered that the application of the Agreement on the ESM cannot jeopardize the implementation of the contents of the rules of Communitarian law. With regard to violations of the prohibition of soft budgeting, the Court emphasized that these rules apply to the banks, not to the Member States. From the aspect of the general principle of effective judicial protection, the Court found that the Member States during the conclusion of the Agreement on the ESM is not applied EU law (but national law) why is why there is no place of claims that the ESM jeopardize the implementation of the said principle.

6. Conclusion

We can notice that in monetary disputes, the request for review of constitutionality and legality suffers from certain limitations, which the European Court of Justice confirmed in its decision in case of legal compliance of the ECB's measures on the purchase of bonds on the secondary market. It is clear from the Court's ruling that monetary policy requires the possession of expert knowledge and expertise, which in European monetary law is the sole responsibility of the ECB and enjoys discretionary powers to implement it. Given that in monetary disputes, the Court cannot interfere with the substance of monetary measures (since there is no competence for such a thing, decision-making in most cases comes down to the application of the criteria of responsible conduct, that is, the legal standards of a good businessman, which acts with due care when applying certain monetary measures). Certainly, judges need to acquire specific knowledge of monetary policy due to disputes that may be expected in the future, especially when the concept of a banking union is fully realized.

In essence, monetary law is the answer to legal science to changes that follow the law of values when the scope of legal rules in the monetary sphere is sustainable. Monetary law, without any discussion, in circumstances where the law of values appears to be rather unstable in all world economies, must be treated as a branch of modern (positive) jurisprudence. According to *Hirschberg*, monetary law is embedded in the very foundations of the overall legal architecture. Even in circumstances where the law of values remains unchanged in space and time, it would not at the same time mean the need

to abolish monetary law, but would only point to its undeniable theoretical significance, but the practical significance is reduced. However, this author states that the law of values is likely to never be stable, although there have been periods in history when the law was characterized by a relative degree of stability (*inter alia*, from the second half of the 19th century in Europe with the introduction of the gold standard, its instability almost got the traits of the rule, not an exception). Of course, the monetary problems of pre-war and post-war states are very different in terms of their causes and consequences, however, what appears to be a universal problem in all monetary jurisdictions in the world is inflation. Also, in his works, this author emphasizes in particular that international monetary problems, which have their reflections on national monetary law, differ among each other only in the degree of manifestation, and not in their type, which we must bear in mind by analyzing the institutions of European monetary law. It is clear that monetary problems can no longer be treated as temporary, and the law of value as the expected regularity that always occurs after the flow of the transitional period. At this point, we must point out the fact that the law of values is economic regularity (not a social relationship regulated by a legal norm), which, in our opinion, was the main problem of unsatisfactory results in applying the rules of early monetary law.¹⁸

The lack of understanding of the legislator in this sense, i.e. the identification of economic legality with legal regularities, has complicated the development and application of monetary law at an early stage of its implementation. In the circumstances when the legislator showed passivity in the adequate regulation of monetary law, the only possible form of reform was the one that is “bottom-up”, ie, which is generated by the citizens themselves who live under certain monetary jurisdiction. Such examples were particularly characteristic of *Great Britain*, where the so-called “*stop and go policy*” initiative gave good results in the fight against inflation. The purpose of this initiative is to introduce citizens with the responsibility of the state in solving monetary problems and respecting their reasoning for the inflation phenomenon and all the consequences that it carries with them for their everyday lives. Therefore, more than ever before in monetary history, there is a need to increase the number of institutes and specialized associations dealing with the problems of monetary law, a greater degree of involvement of the academic

¹⁸ At the same time, all branches of law protect both private and public interests, but it is necessary to establish an appropriate balance in the protection of these interests. Historically, monetary law has been created to protect state interests, but in some cases the share of private interests has increased, which is why some authors consider that monetary law can not be placed unilaterally in a group of public or private law. More on this in: E. Hirschberg, “Monetary Law and Monetary Crises”, *Comparative & International Law Journal of Social Affairs* 1976, 226-227.

community, which has to show a far higher degree of interest, because national and international monetary law in the inflation period represents effective legal defense against the harmful consequences of economic crises.

УСТАВНИТЕ ПРАВА НА НЕМНОЗИНСКИТЕ ЗАЕДНИЦИ ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА И НИВНАТА ПРИМЕНА ВО ПРАКСА

UDC: 342.72/.73:323.15(=18:487.7)
Original Research Paper

***Апстракт:** Правата на немнозинските заедници во Македонија се дел од уставното уредување уште од самите почетоци на конституирање на државата. Во своето 75 годишно искуство на државна единка беа донесени различни закони и уставни измени кои се стремат кон подобрување на правата на немнозинските заедници во насока на почитување на владеење на правото. Меѓутоа во одредени случаи во праксата се покажа злоупотреба на правото или негова не примена токму од страна на немнозинските заедници во ситуации кога истите се мнозинство. Во трудот е направена ретроспектива на правата на немнозинските заедници, дадени се кратки теоретски аспекти за одредени уставни измени и наведени се примери за непримена или злоупотреба на одредени права.*

***Клучни зборови:** права на немнозински заедници, владеење на право, непримена на право, злоупотреба на право, „Бадинтерово правило“*

1. Заштита на немнозинските заедници правата на нивните припадници во рамките на уставното уредување во Република Македонија (1944-1991)

Заштитата на немнозинските заедници во Република Северна Македонија се дел од правната регулатива уште од самото конституирање на државата, најпрвин во рамките на југословенската федерација, а потоа и како независна држава. Основните документи за правата на граѓаните и за заштитата на немнозинските заедници во Македонија се содржани

во Декларацијата на АСНОМ за основни права на граѓанинот на демократска Македонија од 1944, и во Уставите од 1946, 1963, 1974 и 1991 година, во кои мнозинските заедници се именувани како *национални малцинства, народности-национални малцинства, народности и етнички групи*. Уште од самото создавање на Република Македонија во 1944 година на Првото заседание на антифашистичкото собрание на народното ослободување на Македонија (АСНОМ), меѓудругите акти е донесена и *Декларацијата на АСНОМ за основни права на граѓанинот на демократска Македонија* во која се одредува дека: сите граѓани на федералната македонска држава се еднакви и рамноправни пред законите, не гледајќи на нивната народност, пол, раса и вероисповеданије, како и дека на *националните малцинства* на Македонија, им се осигуруваат сите права на слободен национален живот¹. Во првиот Устав на Народна Република Македонија (НРМ) од 1946 година се одредува дека: сите граѓани се еднакви пред законот и се рамноправни без оглед на народност, раса и вероисповед; на сите граѓани им е гарантирана слобода на совеста и слобода на вероисповеста, а *националните малцинства* во НРМ го уживаат правото и заштитата на сопствениот културен развој и на слободна употреба на својот јазик². Уставот од 1963 година на Социјалистичка Република Македонија (СРМ), го воведува терминот *народности-национални малцинства* и гарантира одредени права на нивните припадници. Имено во уставот се одредува дека припадниците на народностите-националните малцинства кои живеат во СРМ имаат исти права и должности како Македонците и се рамноправни во се. На секоја народност-национално малцинство и се гарантира правото слободно да го употребува јазикот, да ја изразува и развива својата култура, да бидат застапени во претставнички тела на општествено-политичките заедници, водејќи сметка за структурата на

¹ Декларација на АСНОМ за основните права на граѓанинот на Демократска Македонија, Службен Весник на Федералната единица Македонија во Демократска и Федеративна Југославија, бр.1/1945, издаден на 18.02.1970, по повод прославувањето на 25-годишнината од Првото заседание на АСНОМ.

https://www.sobranie.mk/content/%D0%9F%D0%B0%D1%80%D0%BB%D0%B0%D0%BC%D0%B5-%D0%BD%D1%82%D0%B0%D1%80%D0%B5%D0%BD%20%D0%B8%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%82%D1%83%D1%82/%D0%90-%D0%A1%D0%9D%D0%9E%D0%9C_MK.pdf

² Устав на Народна Република Македонија од 1946 година., Член 12, 20 и 24. Службен весник на Народна Република Македонија, бр.1, год. III, 01.01.1947 <http://www.slvesnik.com.mk/Issues/571D5D9AF0DB42A3A37F220F77476EB5.pdf>

населението на нивното подрачје³. Уставот од 1974 година⁴ не го користи повеќе терминот народност-национално малцинство, туку ја гарантира слободата на изразување на припадноста на народ, на народност или на етничка група. Покрај ова ја гарантира слободата на изразување на националната култура и ги проширува правата на народностите и етничките групи. Имено во овој Устав за прв пат албанската и турската народност добиваат статус на конститутивни субјекти на македонската држава, а на припадниците на етничките групи им се гарантираат исти права и должности и рамноправност со македонскиот народ и народностите. Покрај ова Уставот ги проширува правата во однос на застапеноста на народностите и етничките групи и употребата на нивниот јазик. Меѓутоа во 1989 година, пред распадот на Југославија, беше усвоен амандманот LVI со кој се менува Преамбулата на Уставот од 1974 година и тоа во делот во кој се одредуваше дека „...македонскиот народ заедно со народностите на Македонија ја создаде Социјалистичка Република Македонија како национална држава на македонскиот народ и држава на албанската и турската народност во неа,..“ Имено со новиот амандман кој беше прогласен за составен дел на уставот се бришеа зборовите

³ Им се гарантира право на основање на свои институции и организации; во местата каде живеат на нивните припадници образованието се остварува во одделенија во кои наставата и воспитувањето се изведуваат на јазикот на соодветната народност-национално малцинство, додека во општините односно околиите на чие подрачје живеат поголем број припадници на одделни народности-национални малцинства одлуките и другите поважни акти на општинските и околинските собранија се објавуваат на нивниот јазик. Сите жители на национално мешаните подрачја во СРМ имаат право да го употребуваат својот јазик во управната и судската постапка, а јавните натписи на овие подрачја се двојазични.

Устав на НРМ од 12.04.1963, точка 3, чл.72-75, Службен весник на СРМ, бр.15, год. XIX, од 12.04.1963

<http://www.slvesnik.com.mk/Issues/37EB0C4961424D1286094520A974BBC9.pdf>

⁴ Овој устав гарантира сразмерна застапеност во собранијата на општините и во Собранието на РМ и нивните органи (чл.221). Покрај ова на припадниците на етничките групи им се гарантира право слободно да го употребуваат јазикот и изразуваат и развиваат својата култура (чл.222).

Устав на СРМ од 25.02.1974, Службен весник на СРМ, бр.7, год.XXX, 25.02.1974 <http://www.slvesnik.com.mk/Issues/0AF2E0456C964935B7705FB5BF6F31F9.pdf>

Со Деловникот на Собранието на СРМ од 1986 година употребата на јазикот на народностите се проширува и врз работата на Собранието и неговите работни тела, на соборите и заедничките седници на Собранието. Со овој акт секој делегат имал право да зборува и на јазикот на народноста на која и припаѓал, а секој граѓанин или странец кој бил поканет да учествува на работата на седницата исто така можел да го користи својот јазик на работата на седницата на Собранието и на неговите работни тела.

Светомир Шкарик, *Споредбено и македонско уставно право*, Матица македонска, Скопје, 2004, стр. 399

„и држава на албанската и турската народност во неа,, (во алинеја 2 на став 1 на Преамбулата) и се декларираше дека: „СРМ е национална држава на македонскиот народ, заснована врз суверенитетот на народот и врз власта и самоуправувањето на работничката класа и на сите работни луѓе и социјалистичка самоуправна демократска заедница на работните луѓе и граѓаните, на македонскиот народ и на рамноправните со него припадници на други народи и на народностите кои живеат во неа,,⁵. Овој концепт на еднонационален суверенитет беше усвоен и во уставот на независна Македонија од 1991 во чија Преамбула се декларираше дека „Македонија се конституира како национална држава на македонскиот народ, во која се обезбедува целосна граѓанска рамноправност и трајно сожителство на македонскиот народ со Албанците, Турците, Ромите, Власите и другите националности кои живеат во Македонија“⁶. Уставот одредуваше дека Република Македонија се конституираше како суверена и самостојна, граѓанска и демократска и има цел да воспостави и изгради владеење на правото како темелен систем на власта; во која ќе се гарантираат човековите права, граѓански слободи, национална рамноправност, ќе се обезбедува мир и сожителство на македонскиот народ со националностите кои живеат во Република Македонија како и социјална правда, економска балгосостојба и напредок на личниот и заедничкиот живот. Во однос на гарантирање на слободите и правата на граѓанинот, уставот тргнува од принципот на недискриминација и гарантира еднаквост на сите граѓани пред законот, додека во однос на националностите обезбедува посебни одредби за правата и слободите на нивните припадници поврзани со развојот на нивниот етнички, културен, верски и јазичен идентитет. Имено, една од темелните вредности, кои се содржани во уставниот член 8, се однесува *на слободно изразување на националната припадност и владеење на правото*, додека членот 9 одредува дека граѓаните на РМ се еднакви во слободите и правата независно од полот, расата, бојата на кожата, социјалното и националното потекло, политичко и верско уверување, имотната и општествена положба. Членот 7 одредува дека македонскиот јазик и кирилско писмо се службени во Република Македонија, додека во единиците на локалната самоуправа во кои, како мнозинство или како

⁵ Покрај тоа се додадоа зборовите припадниците на други народи (во чл.3 и 4 од уставот) се замени став 1 на чл.1 и се избриша чл 2 од уставот. Амандман на Уставот на СРМ, Службен Весник на СРМ ,бр.29 од 26.07.1989
<http://www.slvesnik.com.mk/Issues/245BBB86D1354148B0725DC74D5D893A.pdf>

⁶ Устав на Република Македонија од 17.11.1991, Службен весник на РМ, бр.52 од 22.11.1991
<http://www.slvesnik.com.mk/Issues/19D704B29EC040A1968D7996AA0F1A56.pdf>

значителен број живеат припадниците на националностите, во службена употреба покрај македонскиот јазик и кирилското писмо, се и јазикот и писмото на националностите под услови и на начин утврдени со закон. Членот 19 ја гарантира слободата на вероисповед, додека развојот и негувањето на сопствениот идентитет и националните особености, како и право на настава на сопствениот јазик во основното и средното образование се гарантира преку одредбите на членот 48⁷. Членот 78 пак наведува дека, за прашањата од меѓунационален карактер во рамките на државата се грижи Советот за меѓунационални односи кој има задача да ги разгледува овие прашања и да дава совети и предлози за нивно решавање⁸.

Вака срочениот Устав, спореден со меѓународните стандарди за заштита на правата, укажува на тоа дека македонските одредби целосно ги исполнуваа стандардите за заштита на правата, услов кој всушност го бараше и Арбитражната комисија на ЕУ за меѓународно признавање на Македонија позната и како Бадинтерова комисија. Имено, Извештајот на оваа комисија беше направен токму врз оценка на уставните одредби, посебно на оние кои се однесуваат за заштита на малцинствата⁹. Меѓутоа и покрај добиената позитивна оценка, незадоволството од страна на албанската националност беше постојана, а резултатите добиени од две истражувања (направени во 1995 и 1997 година во рамките на проектот

⁷ Членот 19 гарантира слободно и јавно изразување, поединечно или во заедница со други, изразување на верата, како и еднаквост на верските заедници и религиозните групи со Македонската православна црква, додека членот 48 го гарантира правото на слободно изразување, негување и развивање на идентитетот и националните особености; право на припадниците на националностите да основаат културни и уметнички институции, научни и други здруженија заради изразување, негување и развивање на својот идентитет. Покрај ова членот 48 утврдува дека Републиката им ја гарантира заштитата на етничкиот, културниот, јазичниот и верскиот идентитет на националностите.

⁸ Овој Совет се основа од Собранието и е сочинет од Претседател на Собранието и по двајца членови Македонци, Албанци, Турци, Власи, Роми и двајца членови од другите националности во Македонија, кои се избрани од Собранието, кое меѓудругото е должно да ги разгледа мислењата и предлозите на Советот и да донесе одлука во врска со нив.

⁹ Поставените услови предвидуваа, заштитата на националностите да биде обезбедена во рамките на одредбите на Повелбата на Обединетите нации, Завршниот акт од Хелсинки и Париската повелба. По прогласувањето на независноста на државата, беа потпишани низа документи меѓу кои: Конвенцијата за заштита на правата на човекот и фундаменталните слободи од 1950 година (9 ноември 1995 година и раификуван на 10 април 1997 година), заедно со додатните протоколи, Рамковната конвенција за заштита на малцинствата (Потпишан на 25 јули 1996 година и раификуван на 10 април 1997 година), Европската повелба за регионални и малцински јазици (Потпишан на 25 јули 1996 година и уште не е раификуван) Конвенцијата на УНЕСКО за заштита и промоција на различноста на културно изразување (Ратификуван на 22 мај 2007 година).

„Социолошки аспекти на етничкиот соживот во Македонија,¹⁰⁾ покажаа дека повеќе од половината од испитанците срби и околу две третини од припадниците на останатите националности, се изјасниле негативно во однос на прашањето: дали македонската норматива соодветствува на меѓународните стандарди. Ваквите резултати всушност беа индикатор дека постои недоволна информираност на населението во однос на потпишаните и ратификувани документи за заштита на малцинствата и за извештаите кои содржеа податоци за колку македонските норми соодветствуваат на меѓународните стандарди. Покрај ова, истражувањето покажа дека голем дел од припадниците на турската и ромската националност, повеќе од пола од припадниците на српската националност, една третина од припадниците на другите националности и мнозинството на припадниците на албанската националност се незадоволни и имаат негативно мислење во однос на ефективното остварување на правата на националностите. Конкретно по ова прашање политички претставници од албанската националност бараа измена на Преамбулата на Уставот од 1991 година, дефинирање на албанците како конститутивен народ, поголеми јазични права преку кои би се овозможило пошироко користење на албанскиот јазик во државните институции и во универзитетското образование, воведување на поголема застапеност на албанците во државните и јавни институции, воведување на чист пропорционален избирачки систем и употреба на симболите и знамињата на националностите. Од страна пак на претставниците на Демократската партија на Србите во Македонија, беше изнесено барање за уставно признавање на србите и црногорците и потврдување на истите права како и на другите националности¹¹⁾.

2. Причини за барањата за проширување на правата на националностите и реалната реализација на истите

1.1. *Прашањето за конститутивниот елемент*

Основното образложение на припадниците на албанската националност во Република Македонија во однос на барањата за проширување на нивните права, беше одземениот статус на конститутивност, што претходниот Устав од 1974 година го обезбедуваше на албанската и турската народност. Според содржината

¹⁰⁾ Истражување направено од проф. Марија Ташева (врз основа на 575 интервјуирани лица во 1995 и 1108 интервјуирани лица во 1997) година, во Фроснина Тасевска Ременска, *Албанците и Македонците: етничка интеракција во Република Македонија пред и по конфликтот во 2001 година*, Штип 2-ри август С, 2007, стр. 8, 161

¹¹⁾ Alice Ackermann, *Making peace prevail, preventing violent conflict in Macedonia*, Syracuse University press, 2000, p.86

на Преамбулата на Уставот од 1991 година конститутивен народ на Република Македонија беше македонскиот народ, а државата беше дефинирана како негова национална држава. Образложението за ваквата содржина е во тесна врска со тогашната целокупна политичка ситуација поврзана со осамостојувањето од Југославија кој беше еден од најкритичните моменти (во кој линијата помеѓу избегнување на војна и предизвикување на војна беше повеќе од тенка). Тргнувајќи од тоа дека националниот елемент е оној кој ја игра најголемата улога во конституирањето на суверени и независни држави, оттука најлогично беше прогласувањето на независноста на Македонија да биде засновано на националните карактеристики, односно нејзиниот народ, неговиот јазик, религија и слично- историски момент кој македонскиот народ го очекуваше со децении. Во моментот на прокламирање на независноста беше битно, отцепувањето од Југославија да не предизвика војна, ниту пак да предизвика пројавување на национални аспирации од страна на другите народи и народности од федерацијата, а се друго можеше да се реши последователно. Во таква една ситуација, „без да се прави многу врева,“ најбезболно беше во Преамбулата да биде содржано она што беше усвоено како амандман во 1989 година, кога Македонија сеуште беше дел од југословенската федерација. Ова го оправдува и ненабројување на Србите од Македонија во Преамбулата, кое во време на постоењето на федерацијата, беа еден од конститутивните народи во Југославија, и истите не можеше да бидат набројани како националности¹². На овој начин, немајќи „доминантен српски елемент,“¹³ прогласувањето на Македонија помина без никакви последици, меѓутоа во моментот кога во соседна Србија повторно се „распали,“ прашањето со Албанците од Косово, истото, како домино ефект, се префрли и во Македонија.

¹² Во однос на ова прашање во 1993 година македонската Влада потпиша договор со политичките претставници од Демократската партија на Србите, обврзувајќи се да го гарантира нивното уставно признавање и доделување на поголеми јазични права и пристап кон медиумите. Од друга страна политичките претставници на ова партија се обврзуваа да се спротивстават на било каква акција против македонската држава, Alice Askermann, *Op.cit.*, p. 87

¹³ Прогласувањето на самостојноста врз основа на начелото на самоопредување, на Словенија и Хрватска, а подоцна и на Босна и Херцеговина и Македонија беше перцепирано како губење на власта на тогашниот претседател на СР Србија, Слободан Милошевиќ, кој имаше замисла, при отпочантиот распад на федерацијата, да ги обедини сите срби во една држава. Ваквиот чин беше проследен со воен конфликт во сите републики, освен во Македонија, благодарение меѓудругото на немањето критична маса на српско население во истата.

1.2. Причина за барање поголема застапеност на албанците во државните институции и органи

Барањето во однос на поголема застапеност на припадниците на албанската националност во државните институции, се засноваше на нивниот став дека тие се дискриминирани. Податоците регистрирани во 1991 година покажуваат дека во општествениот, мешовитиот здружениот сектор, според изјаснување на националната припадност, 85% од вработените биле македонци, 7% албанци, 1,7% турци, 1,4% роми, 0,4% власи, 2,4% срби и 2,1% припадници на други останати етнички групи¹⁴. Овие бројки за застапеноста на Албанците во горенвадените институции до некаде го оправдуваше нивното барање, ако се земе во предвид дека според пописот во 1991 година тие претставуваа 21,7% од населението. Меѓутоа, истражувањата направени истата година покажаа дека поголемиот број од вкупниот број на лица кои не се вработени и бараат работа се полуквалификувани, а многу мал процент се со вишо или високо образование¹⁵. Како и да е, во однос на ова барање, почна да се применува неформална политика за вработување на припадниците на националностите во одредени државни институции, преку која се зголеми бројот на вработени од редовите на националностите во Министерството за внатрешни работи, Министерството за одбрана, а посебно се зголеми бројот на припадниците на албанската националност во редовите на кадетите, во воениот сектор и во Воената академија, како и во Уставниот и Врховниот суд¹⁶.

¹⁴ Славко Милосавлевски, Мирче Томовски, *Албанците во република Македонија 1945-1995, легислатива, политичка документација, статистика*, НИП Студентски збор, Скопје, Декември 1997, стр. 318

¹⁵ 49,5% од вкупниот број на лица кои бараат работа биле полуквалификувани и со нижа подготовка, 25,7% биле со средно стручно образование, 17,8% биле висококвалификувани и квалификувани, додека само 3,1% биле регистрирани со више стручно образование, а 3,9% со високо стручно образование.

¹⁶ Првите резултати покажаа зголемување на бројот на припадници на националностите во Министерството за внатрешни работи (зголемување од 3% застапеност, регистрирана на почеток на 90-тите години на 8,7% регистрирана во 1996 година), во Министерството за одбрана (зголемување на бројот на граѓански службеници припадници на националностите, од 16% на 22%) како и во воениот кадар, каде беше регистрирано зголемување на бројот на албанските кадети при Воената академија од 2% на 12% и на воените офицери од 0.1% регистрирани во 1993 година на 3% регистрирани во 1995 година. Покрај ова се зголемил и бројот на судии од албанска националност во Уставниот суд, (двајца од вкупно девет) и во Врховниот суд (каде од вкупно 16 судии, бројот на албански судии се зголеми од еден на четири.)
Alice Ackermann, *Op.cit.*, стр.63, 91.

1.3. Причина за барање на употреба на албанскиот јазик во високото образование

Друго барање кое беше поставено од страна на Албанците во Македонија од самиот почеток на конституирање на државата, се однесуваше на воведување на настава на албански јазик во високото образование, односно основање на универзитет на албански јазик, кој според Албанцитеби допринел до развој на сопствениот идентитет и култура. Развојот на идентитетот во Македонија, пред се беше овозможен преку темелната вредност содржана во членот 8 со која се гарантира слобода на изразување на националната припадност, додека со одредбите од членот 48 се гарантираше правото на слободно изразување и правото на настава на сопствениот јазик во основното и средното образование. Во високото образование наставата се одвиваше само на службениот јазик на државата, односно на македонскиот јазик. Податоците покажуваат дека правото на образование на сопствениот јазик целосно се применуваше за учениците на албанската, турската и српската националност во основното образование, додека од 1995/96 беше овозможена дополнителна настава за влашки јазик, а од 1996/97 на ромски јазик. Во средното образование пак наставата покрај на македонски јазик беше обезбедена и на јазикотна албанската и турската националност. Во однос на високото образование чија настава се спроведуваше на македонски јазик, според податоците од 1991/1992 на државните универзитети биле запишани само 116 студенти од албанска националност односно 2,4%, 35 или 0,7%, турци, додека за роми и власите нема податоци. Следната година бројот на студенти од албанска националност се зголемил на 168 односно 3,4%, додека графите за другите националности се празни¹⁷. Заради ваквата состојба, и од причини да се стимулира и олесни пристапот кон високото образование од 1993/1994 година Владата почна да спроведува политика на *позитивна дискриминација* според која 10% од државната квота за запишување на факултетите беше резервирана за студенти припадници на националностите, и истата од 1997 година се распределуваше пропорционално во зависност од процентуалноста на националностите во населението, се со цел да се олесни пристапот кон високото образование и се зголеми бројот на студенти од редовите на националностите. Оваа политика донесе до позитивни резултати, зголемувајќи го бројот на студенти од албанска националност на 490 (7,7%), на студенти од турска националност на 80 (1,2%), студенти од ромска националност 9 и од влашка националност на 81 (податоците се

¹⁷ Извештај за учеството на малцинствата во правната професија во Македонија, Аба/СЕЕЛ, Септември 2004, стр.60-61

однесуваат на запишани студенти во 1996/97 година). Меѓутоа и покрај овие резултати, припадниците на албанската националност инсистираа на универзитет на албански јазик, кој во 1995 година беше илегално отворен во Мала Речица во близина на градот Тетово. Иако ваквиот акт беше прогласен за илегален и против законски, универзитетот продолжи да работи. Тогашниот лидер на Партијата за демократски просперитет на Албанците, Арбен Џафери тврдеше дека основањето на Универзитетот во Мала Речица е од битно значење за промоција на развојот на културата на албанците во Македонија¹⁸, додека македонските политички претставници истата институција сметаа дека ќе претставува културна и јазична бариера која може да доведе до гетоизација на албанската националност во однос на другите граѓани на Македонија¹⁹. После овие случувања беше поднесен предлогзакон за студирање на албански јазик при Педагошкиот факултет кој иако беше одбиен од пратениците на ПДП и од радикалите на ПДПА, во 1997 година беше усвоен во форма на Закон за јазиците на кои се изведува наставата на Педагошки факултет²⁰. Пет години подоцна, во 2000-та година беше донесен и Закон за високото образование²¹, кој во членот 95 меѓудругото одредуваше дека наставата на приватните високообразовни установи може да се изведува и на јазиците на припадниците на националностите или на светските јазици. Како резултат од усвојувањето на овој закон и за стимулирање на јавно прифаќање на оваа одредба, во 2001-та година беше отворен Универзитетот на Југоситочна Европа (ЈИЕ) со седиште во Тетово, каде студентите имаат можност да студираат на македонски, албански или англиски јазик. Првата година од отварањето на Универзитетот беа запишани 900 студенти, во 2002 бројот на студенти достигна 2.250, а во во 2003 веќе имаше 3.700 студенти, меѓу кои најмногу со албанска национална припадност. Меѓутоа иако овие политики донесоа позитивни резултати, Албанците од Македонија настојуваа да го добијат она што го изгубија во Косово, (иако Косово беше дел од друга држава), односно

¹⁸ Alice Ackermann, *Op. cit.*, стр. 69

¹⁹ Vladimir Ortakovski, *Inter-ethnic relations and minorities in the Republic of Macedonia*, in *Southeast European Politics*, Vol.2, n.1, pp. 24-25, May 2001, стр. 37

²⁰ Според овој закон наставата на студиските групи за предучилишно воспитување и за одделенска настава, освен на македонски јазик беше предвидено да се изведува и на јазиците на националностите, како и по наставните предмети содржани во наставните планови и програми. Меѓудругото, на Филозовскиот факултет беа отворени катедри по литература на албански и турски јазик, а на факултетот по драмска уметност одредени предмети се изучуваа и на овие јазици. Закон за јазиците на кои се изведува наставата на Педагошки факултет, Службен Весник на Р. Македонија, бр.5/97 од 06.02.1997 година

²¹ Закон за високо образование, Службен Весник на РМ, бр.64/2000 од 03.08.2000 година

високо образование на албански јазик на државна институција.

1.4. *Други барања и остварувања*

Други поставени барања, како од страна на Албанците, така и од другите националности се однесуваа на: донесување на закон за употреба на знамињата и измена на изборните модели, односно применување на чист пропорционален модел за избори на пратеници во Собранието, за градоначалници и општински советници, затоа што постоечкиот не овозможуваше пропорционална застапеност на Албанците и во некој случај и никаква застапеност на претставниците на помалите партии, кои меѓудругото беа партии на помалкубројните националности. Во однос на барањето за измена на изборните модели, во 1996 година беше донесен Закон за локални избори, а во 1998 година Закон за избор на пратеници во парламентот, преку кои се отпочна со примена на мешан изборен модел (мнозински и порпорционален), со цел истиот да овозможи пропорционално одразување на гласовите во пратенички и советнички места, како и поголема застапеност на помалите партии, односно индиректна политичка партиципации на сите националности. Во однос на Законот за знамињата во јули 1997 година после истакнување на албанските знамиња пред зградите на општините во Гостивар и Тетово, кое заврши со повредени и еден загинат, беше донесен Закон за употреба на знамињата преку кои припадниците на националностите во РМ го изразуваат својот идентитет и национални особености. Меѓутоа Указот за прогласување на овој закон и самиот закон, по поведената постапка од страна на Уставниот Суд за оценување на уставноста на овие акти, по иницијатива поднесена од ВМРО-ДПМНЕ, Либерално-демократската партија, Демократската партија на Македонија, Лигата за демократија, Македонска народна партија, ВМРО-ДП и Светскиот македонски конгрес, во 1998 година беше укинат²².

Земајќи ја во предвид целокупната политичка ситуација, напорите за спроведување на политики за задоволување на поставените барања од страна на албанската националност, како и позитивната оценка од

²² Во одлуката од Уставниот Суд од 18.11.1998 година (Решение У.бр.141/97 и У.бр.146/97) меѓудругото Судот оцени дека одредбата од членот 48 од Уставот гарантирајќи им го правото на припадниците на националностите да го изразуваат, негуваат и развиваат својот идентитет и национални особености се однесува на негување, изразување и развивање на нивните обичаи, култура, јазик и традиции, преку културни и уметнички институции, научни и други здруженија, што не значи дека во оваа група може да се подведат правата на државни симболи на матичните земји како што се грбот, знамето и химната. Според тоа, уставната гаранција за заштита на етничкиот, културниот, јазичниот и верскиот идентитет на припадниците на националностите не може да се изразува преку давање можност, односно донесување на посебни закони за употреба на знамињата.

арбитражната комисија, може да се утврди дека уставот и законите како и политиките за спроведување на истите се стремееа кон почитување и владеење на правото, меѓутоа и покрај овие напори, припадниците на албанската националност не беа задоволни и инсистираа на целосно исполнување на барањата на начин како што ги имаа поставено тие. Ваквото незадоволство за жал во 2001 година кулмираше во воен конфликт, помеѓу таканаречената Ослобдителна народна армија (ОНА) и македонските безбедносни сили, кој траше повеќе месеци и заврши со потпишување на Охридскиот рамковен договор (ОРД) кој содржеше одредби кои конечно требаа целосно да ги задоволат барањата на припадниците на албанската националност. Имено спроведувањето на ОРД предвидуваше измена, како на уставните, така и на законските одредби и иако одредени содржини не се совпаѓаа со либералните концепти, измените на уставот беа направени со цел да се овозможи владеење на правото, односно воведување на попрецизни и јасни норми, преку кои воедно ќе се задоволат и барањата на припадниците на албанската заедница.

2. Што донесоа уставните измени од 2001 година и резултати од нивната примена

3.1. Конститутивен елемент-граѓански принцип со етничка обоеност

Со усвојување на амандманот 4 од 2001 година се смени Преамбулата на Уставот од 1991 година, во делот кој се однесува на конститутивниот елемент, одредувајќи дека конституенти на Република Македонија се граѓаните на Република Македонија, односно македонскиот народ, како и граѓаните кои живеат во нејзините граници кои се делови од албанскиот, турскиот, ромскиот, српскиот, влашкиот и бошњачкиот народ и други. Со оваа измена се потенцира граѓанскиот принцип, кој сепак е етнички обоен и се прави разлика помеѓу народ и делови од други народи кои живеат на територијата, со што се алудира дека Македонија не е матична држава на овие делови од народи. Исто така да се напомене дека во Преамбулата два пати се напоменува терминот граѓани кој прави разлика помеѓу: граѓаните - македонскиот народ, како и граѓаните кои живеат во нејзините граници кои се делови од други народи. Терминот „како и,, како да дава секундарно значење на деловите од народи. Како и да е, при последните измени од 2019 година ова е корегирано со амандманот 34 со кој се врши измена на Преамбулата-односно на амандманот 4, бо кој се бришат зборовите „како и граѓаните кои живеат во нејзините граници кои се“ и отука Преамбулата гласи: „Граѓаните на Република Северна Македонија, македонскиот народ, дел од албанскиот народ,

турскиот народ, влашкиот народ, српскиот народ, ромскиот народ, бошњачкиот народ и други.„Со отфрлање на „како и,, се потенцира еднаквоста на граѓаните како носители на суверенитетот во државата. Да се напомене дека и терминот националност е заменет со терминот заедница, односно припадници на заедницата не се мнозинство уште со имплементирање на амандманите од 2001 година. Во однос на овој термин (заедница) професорот Шкариќ смета дека истиот е синоним на етничка колективност, со што се влегува во контраст со либералниот концепт на асоциација на индивидите како граѓани, и напоменува дека не постои јасна дефиниција за точно карактеризирање на овој термин, и истиот не е признат од страна на меѓународното право²³.

1.2. *Одредбата за соодветна и правична застапеност на заедниците и нејзина примена*

Во однос на барањето за поголема застапеност на албанската заедница во државните и јавни органи и институции беше донесена нова темелна вредност (со амандманот 6 се дополни членот 8 во алинеја 2) која предвидува *соодветна и правична застапеност на граѓаните кои припаѓаат на сите заедници во органите на државната власт и во другите институции на сите нивоа*. Во овој контекст би се осврнала тезата на британскиот социолог Џон Рекс кој го промовира моделот на демократскиот (егалитарен) мултикултурализам според кој потребно е да се направи јасна демаркација помеѓу јавната сфера (во која сите индивиди треба да имаат еднаков третман) и приватната сфера (во која е дозволено е признавање на етничките, религиозните, јазичните и други разлики)²⁴. Според него „во јавната сфера, државата треба да гарантира еднакви можности за сите индивиди, како и гаранција на еднаквост без никаква дискриминација на сите граѓани пред законот, заради која причина истата нема обврска да прави разлика врз основа на етничко потекло, односно примена на позитивна дискриминација. Во македонскиот случај иако се користи терминот *застапеност на сите заедници*, кој алудира на еднаков третман, во пракса се спроведува фаворизирање на помалку застапените заедници, (за да се достигне баланс, односно еден вид на пропорционалност со застапеноста во населението) и се применува вработување по етничка линија. Враќајќи се уште еднаш на тезата на Рекс, според која во јавната сфера не постои потреба од етничко разграничување, затоа што донесените одлуки во оваа сфера се од општ интерес и имаат обврзувачка вредност за сите членови

²³ Светомир Шкариќ, Рамковен договор, во Евроинтеграција на правниот, политичкиот и општествениот систем на Република Македонија, Универзитет Кирил и Методиј, Правен Факултет Јустинијан I, Скопје, 2002, p.55

²⁴ Enzo Colombo, *Le società multiculturali*, Carocci, Roma, 2002, p.89

на колективитетот, она што е потребно е почитување на овој принцип на еднаквост, затоа што како што тој тврди јавните и политички институции претставуваат еден вид на граѓанска култура заради што не треба да се адаптира на потребите на малцинските култури²⁵. Одтука може да се заклучи дека иако примената на принципот на правична застапеност не е во целост соодветен со ваквиот модел на мултикултурализам, истиот создава и дополнителни проблеми. Имено според Извештајот на МЦМС, *Дискриминација во Македонија по основа на етничка припадност*²⁶, вработувањето во Македонија е перцепирано како најчеста област на дискриминација, и секој втор граѓанин на Македонија (47,4%) смета дека другата етничка заедница одземаат работни места од нивната заедница. За етничките Албанци, проблемот е долготрајната претходна дискриминација во државните институции и големите приватни фирми каде на одлучувачките позиции се етнички Македонци, додека кај другите етнички заедници се посочува на Рамковниот договор како фаворизирачки за етничките Албанци. Покрај ова, како најчеста основа за дискриминација испитаниците ја сметаат партиската припадност за која 89.9% од граѓаните сметаат дека е честа појава. Слични резултати во кои етничката и партиската припадност се причина за вработување произлегуваат и од *Извештајот на Народниот правобранител за следење на примена на ова начело за 2017 година*²⁷. Во овој Извештај се посочува на: селективната состојба која владее во јавниот сектор, пред се поради констатацијата дека кај институциите каде раководниот кадар го сочинуваат припадници на македонската и албанската етничка заедница, застапеноста на припадниците на помалите етнички заедници воопшто не е видлива или е на многу ниско ниво, што значи дека онаму каде раководителот е Македонец, раководните и нераководните лица вработени во институцијата претежно се припадници на македонската заедница, што соодветствува на состојбата доколку раководителот е припадник на албанската етничка заедница. Во оваа насока е да се напомене дека најчесто раководните места се договараат по партиска линија и нивната распределба се прави според договор помеѓу македонските и албански партии кои во моментот се на власт. Тоа го докажуваат и резултатите од истражувањето кое се однесува на перцепцијата на граѓаните за

²⁵ Идем

²⁶ Александар Кржаловски, *Дискриминација во Македонија по основа на етничка припадност, Истражувачки извештај*, МЦМС, март 2011, стр.18
<http://mcms.mk/images/docs/2011/diskriminacija-na-etnicka-osnova-2011.pdf>

²⁷ *Извештај за следењето на примена на начелото на соодветна и правична застапеност за 2017 година*, Република Македонија, Народен правобранител, јуни 2018, стр.258
<http://ombudsman.mk/upload/documents/SPZ/SPZ-2017-Mk.pdf>

непримена на начелото за правична и соодветна застапеност, кои како најверојатна причина ја наведуваат „не партиска припадност,, или „погрешна партиска припадност,,²⁸. Што значи дека етничката припадност на раководното лице го употребува, односно злоупотребува ова право, за вработување на свои сограѓани од иста етничка и партиска припадност. Останува и проблемот дека голем број од вработените по Рамковен договор, односно заради обврската за имплементирање на оваа одредба, фигурираат само „на хартија,, земаат плата, а физички не се присутни на работното место, затоа што ниту постои простор, ниту пак работни обврски за истото.

1.3. *Непримена на Бадинтерово правило и нефункционалност на Комисиите за односи помеѓу заедниците*

Друг новитет, воведен со амандманот 10 со кој се замени членот 69 од Уставот, со цел да се даде ефикасно учество на немнозинските заедници во донесувањето на политики и одлуки кои се поврзани со употреба на јазиците, симболите, образованието, културата и други прашања, се однесува на начинот на гласање при донесување на одредени закони при што треба да се почитува *Бадинтеровото мнозинство*, односно *Бадинтерово правило*²⁹. Ваквото правило соодветствува на она што го тврди германскиот социјолог и филозоф Јирген Хабармас, (кој го промовира неолибералниот комунитаризам, и го надминува класичниот либерализам), дека за создавање и одржување на уставна демократија не е доволна само еднаквоста пред законот, туку потребно е да се биде креатор на истиот³⁰.

Оттука Бадинтеровото правило не само што оди во прилог на заедниците во контекст на политичко одлучување, туку и на самата демократија. Она што пак не оди во прилог на демократијата е можноста, преку употреба на Бадинтеровото правило употреба на вето, односно негова употреба како инструмент „за условување,,. Во повеќегодишното искуство на политичко одлучување во одредени случаи праксата покажа занемарување на употреба на ова правило, употреба кога не се присутни сите претставници од заедниците во општината или негова непримена

²⁸ *Примена на начелото за соодветна и правична застапеност: Перцепција на граѓаните*, Здружение Институт за развој на заедниците, декември 2013
<https://irz.org.mk/wp-content/uploads/2014/11/implementation-of-the-principle-of-adequate-and-equitable-representation-perceptions-of-citizen.pdf>

²⁹ Според Бадинтеровото правило, при донесување одредена одлука потребно е двојно мнозинство, односно, мнозинство од вкупните гласови, меѓу кои треба да има мнозинство од присутните пратеници кои припаѓаат на заедниците кои не се мнозинство во РМ гласовите на претставниците од немнозинските заедници.

³⁰ Amy Gutman, *Мултикултурализам, огледи за политиката за признавање*, Evrobalkan press, Skopje, 2004, стр. IX

или злоупотреба. Како пример може да се наведе одлуката на Советот на општина Чаир за преименување на четири училишта во општината, донесена во 2012 година, откако советниците на ВМРО-ДПМНЕ и СДСМ ја напуштиле седницата на Советот, а Советот го надополнил дневниот ред со уште две точки, при што е изгласано преименувањето. Ваквата одлука беше поништена од страна на Државниот инспекторат за локална самоуправа³¹, (поради прекршување на деловникот и поради тоа што е донесена без да се бара мислење од Комисијата за односи меѓу заедниците, која за вакви прашања треба да заседава и даде предлог решение по кое Советот треба да го земе во превид) а истата пак беше укината од Министерот за локална самоуправа, констатирајќи дека истата е во согласност со Законот за локална самоуправа, со Статутот на општината и со Деловникот за работа на општина Чаир³². Другислични примери за непочитување на Бадинтеровото правило беше самоиницијативната замена на името (од страна на дел од раководството на училиштето) „Даме Груев“, во „Јумни Јонузи“ во с. Шемшево, одлуката за преименување на гостиварската улицата „ЈНА“ во „Џемо Хаса“ од страна на советот на општината (на што се спротивстави голем дел од македонската јавноста заради историските факти поврзани со оваа личност³³), одлуката за преименување на гимназијата во Дебар од „Здравко Чочковски“, (кој бил првоборец од Дебар загина во Февруарскиот поход) во „28 Ноември“, (празник кој се слави како ден на независноста на Албанија и ден на албанското знаме), преименување на училиштето „Братство и Единство“, во „Пенестиа,, (кое е илирско име за поширокиот дебарски регион), како

³¹ Училиштето „Рајко Жинзифов“ требало да се преименува во „Исмаил Кемали“, „Цветан Димов“ во „Хасан Приштина“, новото име на „Јане Сандански“ требало да биде „Јашар бег“, а основното училиште „Никола Вапцаров“ да се смени во „Имри Елези“. Меѓу овие се и имињата на првиот претседател на Албанија, одреден идеолог на голема Албанија и еден војник на ОВК.

„Поништена одлуката за преименување на училиштата во Чаир,, објавено на 02.03.2012 http://www.idividi.com.mk/vesti/makedonija/753019/index.html?utm_source=daily.mk&utm_medium=daily.mk консултирано на 08.04.2019

³² *„Бејта ги укина решенијата на инспекторатот за училиштата во Чаир,,* објавено 10.03.2012

<http://www.bdi.mk/mk/lajmi.php?id=343> консултирано на 02.04.2019

³³ *„Гостивар доби булевар на балистотот Џемо Хаса,,* објавено на 02.09.2012 <https://www.mkd.mk/55718/makedonija/gostivar-bulevar-dzemo-hasa-sovet> консултирано на 08.04.2019

Според историјата, Џемо Хаса, кој по потекло е од гостиварско, за време на Втората светска војна бил сојузник на италијанските окупаторски сили, се борел за Голема Албанија и спроведувал етничко чистење во селата во западна Македонија. Според албанските политичари, пак, тој се борел за човекови права, бил антикомунист, против идеологијата на партизаните, а не против етничката припадност.

и одлуката за поставување на споменик на пирпадниците на ОНА во градот Струга и одлуката за поставување на споменикот на Скендебег во општината Чаир, донесени на седниците на општината на кои не биле поканети преставниците на немнозинските заедници од истите општини, избегнувајќи го на тој начин евентаулноста ставање на вето од нивна страна. Да се напомене и дека во одредени случаи општинските советници не се ни свесни за обврската за користење на ова правило, и тоа најчесто заради двосмисленоста на законот кој креира проблеми во праксата (како на пример: што конкретно припаѓа во областа на култура и користење на јазикот)³⁴.

Нефункционалност во одредени случаи се покажа и кај Комисиите за односи помеѓу заедниците и во општините чие формирање беше предвидено во рамките на Рамковниот договор. Имено, откако Законот за територијална организација на локланата самоуправа го намали бројот на општините³⁵, зголемувајќи го на тој начин бројот на мешани општини со мнозинско население одредовите на немнозинското население, комисиите и бадинтеровото правило беа предвидени со цел да се зголеми учеството на сите заедници во микро мултикултуралните реалности, обезбедувајќи на тој начин владеење на правото и спречување на фаворизирање од страна на една заедница на сметка на друга. За жал праксата покажа резултати различни од посакуваните, бидејќи Советот на општините не секогаш ги зема во превид препораките, мислењата и работата на Комисиите. На пример во неколку општини имало иницијатива за преименување на улици, а во многу случаи постапките со кои се бараат препораки од локалната Комисија не биле почитувани во целост. Покрај ова низ архивите постои недостаток и на податоци за одржани состаноци, како и писмени препораки до Советот на општините³⁶.

1.4. *Злоупотреба на правото за истакнување на знамињата*

Други примери за непримена или за злоупотреба на правото, се

³⁴ Мирјана Малеска, Лидија Христовска, Јован Ананиев, *Споделување на власта, нов модел на одлучување во мултикултуралните општини*, Истражувачки извештај, Македонски центар за меѓународна соработка, Скопје, 2007

³⁵ Имено, иако економските и социјалните показатели требаше да бидат земени како основа за реорганизацијата на општинските граници, во одредени општини нивното прекројување се водеше од етничката припадност на населението. Ваквото фаворизирање предизвика бурни реакции кај сите заедници, затоа што албанската заедница доби најмногу придобивки и стана мнозинско население во повеќе општини, (во некои од нив на сметка на турската заедница, која изгуби две општини во кои претставуваше мнозинско население, и на сметка на Македонците, кои во одредени општини станаа немнозинско население).

³⁶ *Проценка на спроведување на локалните политики и практики во областа на меѓукултурните и меѓуетнички односи*, ноември 2016, Скопје, <http://www.adimacedonia.org/>

поврзани со употребата на знамињата на немнозинските заедници. Според Законот за употреба на знамиња на заедниците во РМ, заедниците заради изразување на својот идентитет и особеностите имаат право да го употребуваат знамето кое го имаат избрано³⁷. Членот 8 од законот го уредува начинот на истакнување на знамињата на заедниците, додека членот 8-а одредува дека знамето на Република Македонија се истакнува со други знамиња согласно со закон и е со поголема димензија од една третина од другите знамиња. Како примери за непочитување на овој закон може да се наведат следните: во 2012 година шестметарно албански знаме на триесет и пет метарски јарбол беше поставено во Кичево за време на празникот на независноста на Абанија и албанското знаме³⁸, во Кичево во 2013 година три месеци незаконски се вееше албанско знаме со исти димензии како државното знаме³⁹, на патот Кичево - Зајас и пред општината на Арачиново пред меморијалниот центар за жртвите од 2001 година беа поставени дваесетметарски јарболи со албански знамиња, како и за време на прославата на празникот на албанската заедница во општината Чаир, додека во Струга речиси редовно не се истакнуваше македонското знаме за време на државните празници. Искуството покажа дека за ваквите прекршоци како да постои празнина во законот, затоа што Државниот управен инспекторат нема надлежност во делот на употреба на знамињата на заедниците, додека Државниот инспекторат за локална самоуправа има надлежност да врши надзор врз законитоста на одлуките донесени во локалната самоуправа, и тоа во делот на училиштата и

³⁷ Членот 4 од Законот за употреба на знамињата на заедниците во РМ, одредува дека во единиците на локалната самоуправа во кои живеат граѓани припадници на заедницата и се повеќе од 50% од населението во таа единица на локалната самоуправа, пред и во објектите на органите на единицата на локалната самоуправа, постојано се истакнати знамето на Република Македонија и знамето на таа заедница, додека членот 5 одредува во кои околности се истакнува знамето на заедниците пред и во објектите на државните органи, јавните служби и правните лица основани од државата, јавните служби и правните лица основани од единицата на локалната самоуправа, на улиците, плоштадите и други инфраструктурни објекти.

Закон за употреба на знамињата на заедниците во РМ, Службен весник на РМ, бр.58/05, од 19.07.2005 и Закон за изменување и дополнување на закон за употреба на знамињата на заедниците во РМ, Службен весник на РМ бр.100 од 25.07.2011

³⁸ „Шестметарско албанско знаме се вее во Кичево на 35 метри висок јарбол,, објавено на 18.11.2012

<https://mkd-news.com/6-metarsko-albansko-zname-se-vee-vo-kichevo-na-35-metri-visok-jarbol/> консултирано на 02.05.2019

³⁹ „Албанското знаме незаконски се вее пред општинската зграда,, објавено на 27.06.2013

<https://daily.mk/vesti/albanskoto-zname-nezakonski-se-vee-pred-opshtinskata-zgrada-1> консултирано на 03.05.2019

улиците, но нема надлежност да изрекува санкции во делот за употреба на знамињата⁴⁰. Последен пример е и настанот во Охрид за време на Велигеднските празници во 2019 година, кога фолклорна група развеа албанско знаме на Самоиловата тврдина, за кој настан висок функционер од албанска националност изјави дека знамето на Албанија може да се постави било каде и за тоа ќе нема последици, додека од Владата се изјаснија дека законот мора да се почитува и за тоа има судска одлука⁴¹.

3.5. Употреба на јазиците на немнозинските заедници

Во однос на употребата на јазиците на немнозинските заедници во август 2008 година беше донесен Законот за употреба на јазик што го зборуваат најмаку 20% од грѓаните во РМ и во единиците на локалната самоуправа⁴². Според овој закон во Градот Скопје, неговите општини и во останатите општини, службен јазик е македонскиот јазик и кирилско писмо, а покрај него службен јазик е и јазикот и писмото кои го користат најмалку 20% од жителите на општината. Земајќи ја во предвид оваа одредба, се подразбира дека во општините каде службен јазик е и јазикот кои го користат најмалку 20% од жителите, веб страниците на овие државни институции е преведен и на тој јазик. Меѓутоа при барањето на податоци на некои од општинските интернет сајтови консултирани во 2017 година, беше забележано дека некои од нив како на пример на општините Чаир, Сарај, Боговиње, Студеничани, Врапчиште, Желино немаа податоци на македонски јазик, туку само на албански јазик⁴³, што укажува дека онаму каде мнозинството во општината се албанци, односно предводени од градоначалник од немнозинската албанска заедница се прекршува законот.

⁴⁰ Идем

⁴¹ „Бошњаковски по изјавата на Османи: Законот за знамиња мора да се почитува, прекршувањето се санкционира,, <https://alon.mk/macedonia/boshnjakovski-zakonot-za-upotreba-na-znaminjata-treba-da-go-pochituvaa-site/> консултирано на 02.05.2019

⁴² Законот за употреба на јазик што го зборуваат најмаку 20% од грѓаните во РМ и во единиците на локалната самоуправа, Службен весник бр.101 од 13.08.2008 <http://www.slvesnik.com.mk/Issues/DE07B4F6DDFB948A0DFE2CFF240F02C.pdf>

⁴³ „Не само што веќе имаме двојазичност туку и еднојазичност на албански,, објавено на 9.03.2017

<https://www.mkd.mk/makedonija/politika/ne-samo-shto-vekje-imame-dvojazichnost-tuku-i-ednojazichnost-na-albanski>, консултирано на 08.04.2019

Заклучок

Заштитата на немнозинските заедници и правата на нивните припадници се предмет на регулирање на сите уставни норми на македонската држава, од самото конституирање, па се до денес. Во повеќе наврати иако се менуваат називите со кои се дефинираат немнозинските заедници (национални малцинства, народности, етнички групи итн.) нивната заштита е уставно загарнтирана, а правата на нивните припадници постепено се проширувани и адаптирани на барањата на самите заедници. Во рамките на независна Македонија најголемите промени се направија со амандманите од 2001 година кои произлегоа од одредбите на Рамковниот договор. Одредбите се водат од граѓанскиот принцип и демократските вредности, меѓутоа сепак доминира и етничкиот елемент кој навлегува дури и во јавната сфера. Една од најголемите измени кои произлегоа од Рамковниот договор беше законот за територијална организација на локалната самоуправа на РМ од 2004 година, според кој беа креирани повеќе општини во кои немнозинските заедници во Република Македонија, станаа мнозинско население во истите. Искуството покажа дека во некои општини со мнозинско албанско население, при примената на одредени одредби не се почитува правото, во некои случаи истото не се применува или злоупотребува. Во истражувањето беа наведени примери за непочитување, непримена или злоупотреба на одредени права во однос на прашања поврзани со истакнување на знамињата на немнозинските заедници, начелото за соодветна и правична застапеност, консултирање на комисиите за односи меѓу заедниците, примена на бадинтеровото правило, употреба на јазикот итн. Од целокупното истражување и досегашно искуство може да се посочи на неколку препораки.

Во однос на примена на начелото за соодветна и правична застапеност кое се применува во државните и јавни органи и установи, паралелно со ова начело потребно е да се почитува и применува *мерит* системот, односно вработување на најквалитетните кадри, врз основа на најдобри постигнати резултати.

Во однос на истакнување на знамињата, потребно е да се почитуваат законите во насока на развој на културата и различноста, а не во насока на обележување на територии и предизвикување на провокации. Во овој контекст не треба да реагира само државниот инспекторат, туку истото се очекува и од личната одговорност на функционерите.

Во однос на употреба на јазиците, како и почитување на бадинтеровото правило и консултирање на комисиите за односи меѓу

заедниците, кои претставуваат добар инструмент за балансирање на различните интереси и вклучување на мислењето на сите заедници, потребна е нивна целосна примена и почитување, затоа што законот не оскудува никој од своето право, меѓутоа истиот налага и обврски кои треба да се почитуваат.

И на крај, за целосно остварување на владеење на правото пред се треба да постојат јасни и недвосмислени норми, прецизност во надлежностите на органите и секако одговорност на самите граѓани, било во улога на извршители на работни функции, било во улога на обични граѓани. Потребно е да се отфрли примената на двојни стандарди и да санкционира секое прекршување на законот.

Jordanka Galeva, PhD
dance.galeva@gmail.com

CONSTITUTIONAL RIGHTS OF THE NON-MAJORITY COMMUNITIES IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA AND THEIR APPLICATION IN PRACTICE

Abstract: *The rights of non-majority communities in Macedonia are part of the constitutional order from the very beginning of the constitution of the state. In their 75 years of experience of a state entity, various laws and constitutional amendments were adopted with a strive to improve the rights of non-majority communities in order to respect the rule of law. However, the practice has shown in certain cases the abuse of the law or its non-implementation by the non-majority communities in situations where they are the majority. The paper deals with a retrospective of the rights of non-majority communities, short theoretical aspects of certain constitutional changes and examples of non-application or abuse of certain rights.*

Key words: *rights of non-majority communities, rule of law, non-application of law, abuse of law, „Badinter principle“*

*Boyan Georgiev, PhD**

BULGARIAN ADMINISTRATIVE JUSTICE – BETWEEN DEFENSE OF THE PUBLIC INTEREST AND DEFENSE OF THE STATE AUTHORITY

UDC: 347.998.85(497.2)

Review paper

Abstract: *Strong administrative justice is not likeable for any executive power, a fact that is available till today. It is difficult for the executive power to get used to the control imposed by the administrative courts since it has long felt untouchable in long periods. This explains its permanent attempt to limit the scope and importance of administrative justice. Administrative justice is a powerful instrument for securing the rule of law. It often frustrates the harmful effects of unlawful acts or inaction the executive power, it preserves the integrity of fundamental rights and quickly restores breached goods or interests.*

Key words: *administrative justice; executive power; rule of law; fundamental rights; breached goods*

As a result of the social and cultural development the modern state is formed as a complicated structural and complex organization of public institutions. The administration activity meets legal boundaries at its contact with a legal sphere of the each citizen; the administration is unable to act beyond of this sphere without committing an offence. The question how administrative justice provides both public and private interests is a matter of debate that have been lasting for the whole period its development in Bulgaria and in the modern scientific literature as well. Namely the complicated conflict between states interests, the administration, citizens and their associations and the needs for fair legal decisions enforce an adequate provision of the administrative justice system. Whereas the main principle of the justice is opportunity for appeal guarantee and sanctions of every legal offence, including /mainly/ in the area of government.

* Assistant Professor, Burgas Free University, boyan_georgiev73@abv.bg

Logically a strong administrative justice is not likeable for any executive power, a fact that is available till today. It is difficult for the executive power to get used to the control imposed by the administrative courts since it has long felt untouchable in long periods. This explains its permanent attempt to limit the scope and importance of administrative justice.

There is a dominant concept that public and private interests are not incompatible but in cases of collision between them they would not have been satisfied at the same time, therefore an advantage should be given to the public interest. To 1948 in Bulgaria, the legal literature of administrative justice was considered as an objective justice aimed at protecting the public interest from restoring the legality infringed by the administrative acts issued and the decisions of the administrative jurisdictions on them. In 1991 the Constitution restored it and the conceptions have been diametrically changed.

The date 26 of May 1879 is considered as an official date for establishing of the Supreme Court with the function of an administrative one in Bulgaria. It existed too short time as it ended its activity for South Bulgaria when the Organic Statute was in force in Eastern Rumelia on 14 of April 1879. The Supreme Court worked in Principality of Bulgaria till 25 of May 1880 when the Second Ordinary Assembly by an Addition to the Temporary Court Rules accepted the Law for the Courts Organization /02 of June 1880/. By that law the rights of the administrative courts has been transferred to the common court offices.

The Supreme Court created by the Provision Russian Administration in Bulgaria has had too short life and therefore is difficult an assessment for its practical role in administrative litigation to be made. Its creation has been a necessity because of a strong need of equal law interpretation and insurance of unity in legal practice at case decisions. However, it is important that from the very beginning of foundation of Bulgarian state organization was demonstrated understanding and will of the founders for creation of a modern three-state administrative justice which to realize a permanent control on the legality in the work of new-created administrative authority.

Two years later on analogy of the French justice set up a Supreme Court for administrative complaints (*Coursupérieure de contentieuxadministratif*) was established in Eastern Rumelia with a headquarters in Plovdiv and six administrative courts for administrative discussion. Therefore a Public Administrative Regulation was published on 31 of August 1881 and it was later finalized and legalized on 22 of March 1882 as a district law for judicial proceeding of the Supreme Court and the District ones.

It is interesting the mixed structure of the Supreme Administrative Court that is considered as one of the main resemblance to the French administrative

system of administrative courts. Nevertheless that the Supreme Court for administrative appeals in Eastern Rumelia was a part of the administration in its structure one of the member, the chairman, was a professional judge. One of the councilors, who was nominated by the District Assembly, is its member and the other councilor was a state employee nominated by the General Governor. The presence of representatives of the three authorities - judicial, executive and legislative - is seen as a guarantee of independence and wider control over the administration.

That was the first step in foundation of an independent Supreme Administrative Court as the highest instance in Bulgarian administrative justice. Moreover, for its activity and for the whole system of administrative courts in the self-governed district an exceptional high appraisal is given nevertheless the short period they had existed.

After the Unification of Eastern Rumelia and Bulgaria, the attempts for creation of administrative courts in Bulgaria faded for around twenty years. This does not mean that control of public administration in the form of administrative justice is not exercised during this time. A number of explicitly defined by the law administrative organs, individual or collegial have been created, such as councils, commissions, bureaus, offices, which have dealt with complaints against illegal acts and actions of the administration. These are the so-called administrative jurisdictions.

A draft law for administrative justice was presented again in XV Assembly by the Prime Minister Ivan Geshov. It provoked strong debates lasted from January to March 1912. In the debates took active participation all leaders of the parties and prominent jurists and deputies as well. The law was finally voted on 8 of March 1912. On 3 of April 1912 the first Law of administrative justice were officially published and it prevised an independent Supreme Administrative Court in Bulgaria.

It is interesting to be noted that in relation with the very specific activity of this court besides the members who had to be suitable for the conditional of professional judges and public prosecutors, persons with high post in administration, science, bar or other public places were nominated as well.

In the next years of its activity the Supreme Administrative Court succeeded to create a system and permanent jurisprudence which was developing to better direction in administrative justice in the first-degree jurisprudence. The law provided strong administrative and penal responsibility for the officers who refuse to fulfil court decisions – dismissing and even imprisonment till a year despite of citizen responsibility. These measures are strong and seemingly archaic, but I think that they, in a modern form, would found a place in the actual set-up of the administrative justice - especially

today when we witness cases of disobeying to the Supreme Administrative Court decisions even by officers in very high state position.

One of the weaknesses of this first law about administrative justice was, that in accordance to its articles, The Supreme Administrative Court was considered in relation and depended by the Council of Ministers and it means dependent on executive power whose acts the Court had to control. Under the article 4, the first chairman, the department chairman and the members of the court were nominated by the Council of the Ministers and proposed by the Prime Minister. Article 5 enacted the discipline power on the judges to be imposed by the common court assembly under the chairmanship of the Prime Minister. This independency in judge work was limited and it contradicts to the main principal of power separation according to them power contradicts to power.

We can differentiate two separated periods in bulgarian administrative justice – independent existence of the Law of administrative justice (1912-1922 r.) and its suspend (1922-1934). The reason for the numeral legislation changes should be looked for in different directions. On the one hand the executive power would not get accustomed with the control imposed to it by the Supreme Administrative Court after it was considered itself as untouchable. This explain its aspiration for limitation the meaning of administrative justice. On the other hand this comparably new legal matter for Bulgaria provoked in then jurists desire for new searches aiming improvement of administrative jurisdiction. On the third place bulgarian parliament would often blindly receive legislation of the developed European countries – something we can notice in our modern political life.

Less than 10 years after its creation the Law of Administrative Justice has been already written off. One big weakness in our legislation has been repeating, which unfortunately is repeating even today, and that was publishing and suspending of laws after their too short time for acting in legal and public life. Unwritten truth is in order to reach its purpose a law must be perceived and considered by the citizen and by the society as a whole. This is a process demanding sustained period of time and there are a lot of examples about in the history of old western democratic legislation as in Great Britain and France.

The contemporary jurists of these events defined the Law Administrative Justice suspension as an attack against the whole administrative justice that way it expressed the strong hostility of the executive power. Probably, in that uncertain situation in existed and poor country in result of the war (1913-1918), ruling circles searched stability and strength for the executive by realizing from control of administrative justice.

The regulation-law for administrative justice in 1934 recovered independency of the norms of the Supreme Administrative Court re-creating bigger part from the norms in the Law of Administrative Justice from 1912. In conjunction with this in the new law entered numerous innovations and improvements that strengthen and made more perfect the court activity. It was also recovered the practice the composition of the court and the number of department in it to be defined by the law, the members with administrative experience were decreased at the expense of increasing members with judge one. Thus the court as a judge instance was underlined. For the first time the regulation-law gave statute for the public prosecutors as unchangeable at the Supreme Administrative Court.

In the Supreme Administrative Court was important the rule that at propose of any of the ministers the court passed a sentence on principal interpretation of the regulations and the laws relating to the department of the same minister. This new power makes Bulgarian Supreme Administrative Court closer to the role and significance to the State Council in France.

After 9 of September 1944 in Bulgaria was established newly, totally different social and political state government under the dictation of Soviet Union. In order the state government to fitted to totalitarian socialistic system the Constitution was suspended and the Constitution of The People`s Republic of Bulgaria was published on its place. This new structural law enacted that the supreme legal control on all the courts in the country to be realized by the only one Supreme Court that replaced the Supreme Cassation Court, the Supreme Administrative Court and the Military Cassation Court. In the new-created the Supreme Court an administrative legal department did not considered. There was no place for the Supreme Administrative Court and for its activity in the political conditions. Using different excuses – that the legal proceedings are very slows, the participation of a lawyer was a must, as the “high taxes” made legal procedures very expensive and untouchable for the people, that this court would not be independent from the executive, that there were numerous “hanging” procedures in result of the war and etc. - the Supreme Administrative Court was sent into oblivion for long time.

But indisputably exacts are the words by one of the biggest Bulgarian jurists prof. Kino Lazarov said still during the socialism in Bulgaria in 1975 – Any legal statute might be denied under the reason that in the before socialist societies it served at exploitation classes.

During the socialism till 1989 in Bulgaria existed an automatic state justice as a control out of instance way. In general it expresses aspiration of the country to provide legality of its acts and as a result the interests of the parts to be protected. The chairman of the Supreme Court or the Chef public

prosecutor had the power only to start this proceeding. The right claimant did not participate in the process and there was not any possibility to influence it. He was able only to claim the authorities of which only the defense of his personal interest depended.

The new Constitution from 1991 defined the main principal the juridical reform should be built on. It incorporated the modern public tendencies related to democracy development, consolidation of the legal guarantee and citizen rights in accordance to the legal state, with interest of expedition and accessibility of the litigation, procession discipline and procession economy. The Constitution set the foundations of a new and united administrative jurisdiction in Bulgaria. Article 120 from the Constitution confirmed and strengthened entered in 1979 “Common clause” about claim of administrative acts – the courts realize legal control both on the acts and the actions of the administrative organs and the citizens and the legal persons have the right to appeal all administrative acts affected them besides these ones specified by a law. According to the Constitution administrative jurisprudence is built as an activity done exceptionally by the courts.

The Constitution anticipated the Supreme Administrative court recovery as an institution that make a supreme control about exact and equal laws applying in administrative justice and passed a sentence at proceedings on the legacy of the Council of the Ministers acts, ministers and other acts too that has been pointed out as appealed only at this Court. The Supreme Administrative Court is a part of inspiration of the creators of the Constitution an independent juridical power to be built and this power to give the opportunity to everybody thinking his constitutional right has been broken to be defended by judicial power.

On 16 of November 1996 the Supreme Juridical Council took a decision for ceasing the Supreme Court activity and for constituting of The Supreme Cassation Court and the Supreme Administrative Court. The Supreme Administrative Court was officially recovered on 1 of December 1996.

Bulgarian administrative and juridical system integration to European legislation logically results to European structures interference in administrative juridical reform held in Bulgaria. In 2002 at Bulgarian government request, representatives of the United Nation Development Programme and of Great Britain Embassy in Bulgaria did a review of Bulgarian administrative juridical system with the intention of unification between Bulgarian and European legislation principals in administrative justice by accepting The Code of Administrative Justice.

The direct task was helping government strategy for a reform in juridical system about establishment of system of special administrative courts built

in the frame of the Supreme Administrative Court – for better efficiency and improvement of administrative justice access.

The Code of Administrative Procedure was published by the 40th National Assembly on 26.03.2006 as the main debate emerged in the legislative bodies was about the need of establishment, organization and the number of the regional administrative courts.

The reform in Bulgarian administrative justice is a continuation of the processes of modernization of the administrative procedural legislation in France, Italy, Germany, Portugal. The Code of Administrative Procedure project was essentially influenced by the current at the moment modern administrative and juridical procedures in the area of administrative legislation in the member states of European Union /Germany, France, Portugal, Austria, Finland, Lithuania e etc./

The Code of Administrative Procedure is the first codification of administrative procedure matter in Bulgaria. It gives legal expression of unknown or insufficient held and defended till now principles of administrative procedures as proportionality, equality, publicity and transparency, succession and predictability.

Of course in everyday life personal citizen interests do not influence directly on the formation of the public interest. Such function – obligation is grant to the competence of public authority. When this function is not executed the interest of the individual citizen often is in conflict with the interest and the object of the government and it leads the need of control on these collisions. As a voice of people's will, public authority has been granted the right to interfere in all the area of public life in the interest both of the public and the personal good and benefit. Despite this, the activity of the public authority often confronts with the personal interests and rights.

As a rule, in a legal state the personal interest must obey the public one. According to the theory for the state foundation of Jhon Locke the public organized offices and institutes have for purpose the common benefit and social development. In his well-know "Two Treatises of Government" the English philosopher emphasizes that the agreement of the majority of the members in the society and the obligation of everyone to obey the decisions of that majority is the beginning of any legitimate rule of law, of a legal state. And since the public interest is always directed to reasonable and appropriate attainments it would be only a good wish if a power as a government organism does not exist, a power that by compulsion and subjection to unifies all opposite personal and group interests and purposes in one common origin. The need of defense and legal warranties for the public rights of the personality is a reason for the rise of the administrative justice.

According to the objective justice theories the trial for cancelation of the administrative acts is a procedure where an objective justice or a justice for defense of state and public interest is given because the claim of the interested part is directed not against the administration and against some person at all but it is against an act –the appealed administrative act, i.e. the question of appealed act legality is submitted for discussion. This a question for objective right and not for subjective one. This a question for conformity between administrative act and the objective legal order. In this connection we should not hesitate to accept a right of the citizen in a legal state to provoke a cancelation of every unlawful act issued by the administrative power. Even if the act does not affect the citizen in the moment, it would be affect him.

Historical development of the continental administrative justice shows a graduate expansion of the conception for personal and direct interest for the administrative acts appealing. The result was wider giving of rights for appealing the acts and consequently it provided more certain warranties for legal acts of the administration. Even the case-law shows that the concept “personal interest” is a slipping ground and it is a wide interpreted. Therefore it may produce different results related to the circle of persons who, in a given case, would be recognized as authorized by the law to conduct cases for cancelation of the administrative acts. A role too creative is played by the judges in these cases. The interest of legal defense as a procedural prerequisite will occur in different shapes depending on the shape of legal defense.

The administration does not object to the citizen rights. It defenses legality of the administrative act that was issued by it and it acts always in name of and on behalf of the state, respectively on the public interest. In the administrative dispute none of the party is a truly party by the meaning that exists in the civil right.

“The tribunal should always remember the principal of separation of power: the state administration should administer, the courts – to judge for the lawfulness or for probability for damages that was caused of the administration actions. The courts should not be tempted to replace the public administration in accepting criteria for good administration.”¹

In the last ten years numerous law changes is leading again to a strong restriction of the role and signification of the administrative justice in Bulgaria as well as such of abuses with the legal state have been observed in our modern history many times. The main purpose is to be limited as it possible the control function of the citizens and their organization on legal express of the executive power. These law changes started to enter gradually; since the beginning by

¹ Diogo Freitas do Amaral, Precautionary measures in new administrative justice/ Administrative justice, 6/2004, p. 20

the regulatory administrative acts – decrees, rules, regulations and instructions and they have been continuing by the special administrative laws that orders the separate departments of government in order to reach to the main law in the public right – The Code of Administrative Procedure.

1. Administrative justice is a powerful instrument for securing the rule of law. It often frustrates the harmful effects of unlawful acts or inaction the executive power, it preserves the integrity of fundamental rights and quickly restores breached goods or interests. Any act of the executive that intended to create unilaterally a legal position for the benefit or burden of someone, should be contest at the administrative courts. The general clause is a continuation of a relatively new principle of law - the principle of public authority liability. The only way to be compiled the observance of the requirements of law by public authorities is by the sanction of independent justice.

The introduction of a general clause does not mean that all acts of the executive power will be subject to judicial review without exception. In practice, this would be possible in an ideal democratic society. Judicial proceeding for control over the acts of the administration at the Code of Administrative Procedure is not the only control-repealing proceedings in the system of administrative justice. Our legislation allows judicial control over acts of government and on a special ground - a special clause. These cases are settled incidentally in the separate special administrative laws.

An alarming trend shows that cases of “special clause” become more frequent (The Spatial Planning Act, The Law of the Cadastre and Property Register and many other special laws that explicitly state administrative acts subject to judicial challenge). In this way, the executive is protected from the judicial control of administrative justice and we may reasonably think if by neglecting the protection of personal and public interests, one does not achieve a “quasi” protection of the public interest from the smooth and swift implementation of administrative decisions even at the risk of their legitimacy. Such “protection” is illusive because without control, the executive will lose sight of which decisions are lawful and expedient and which are not.

Judicial control on the basis of a special clause is not the same as the tribunal control under the Code of Administrative Procedure and the Law on Administrative Offenses and Penalties. As a rule, the control on the basis of the special clause is limited to the ruling of one instance. The Law of Administrative Procedure (repealed), the Law of the Supreme Administrative Court (repealed) and the Code of Civil Procedures and now the Code of Administrative Procedures regulate the two-instance contestation of the administrative acts on the basis of the general clause. In parallel with them separate laws specifically regulated the possibility of attacking certain

administrative acts, thereby traced the so-called circle “special clause”. In some of the cases of a special clause, the cassation instance was not the the Supreme Administrative Court but the relevant district court (Article 14, paragraph 3 of the Ownership and Use of Agricultural Land Act); 3 media abolished). In other cases the Supreme Administrative Court remained a court of cassation under the explicit order of the special legal norm. There are also frequent cases where a special law regulates a one-instance contestation of administrative acts (Article 23, paragraph 3 of the Election of Members of Parliament Act; Article 32, paragraph 3 of the Law on Local Government and Local Administration; of the APC of the APC; Article 215, paragraph 7 of the Law of Spatial Planning. The reasons for the explicit exclusion of the cassation proceedings should probably be sought in the point of view for the lower importance of the protected interest but above all in the legislator’s desire to pursue the principles of procedural economy and speed in terms of judicial expediency. All these are exceptions of the general rule that the Supreme Administrative Court is a cassation instance both in the proceedings under the general clause and in those under the special clause (Decision No. 8582 of 27.09.2002, the Supreme Administrative Court, Division V). Unfortunately, the cases of exclusion of the second instance have been increasing in recent years and it has also referred to public relations of sufficiently high public importance as it is the case with the exceptions set out in Art. 215, paragraph 7 of the Spatial Planning Act .

The situation is similar with the numerous exceptions introduced in the recent years by the Code of Social Insurance - Art. 197, paragraph 4 relating the decisions of the first instance against orders for the imposition of security measures; Art. 256, paragraph 5 –regarding the appeals against sales by auction; Art. 268, paragraph 2 –regarding the decisions on appeals against actions of public contractors.

An exception was introduced in the the Law on the Supreme Judicial Council - Art. 187, paragraph . 1 and paragraph 3, regarding appeals against acts issued in connection with competitions for junior judges and junior prosecutors.

One of the major problems of the one-instance nature of administrative justice is that the disputes remain at the local level and this is particularly worrying when controlling acts of local government.

2. The security of the appeal or protest by the norm of art. 166, paragraph 1 the Code of Administrative Proceedings will provide temporary protection against the contested administrative act pending the final resolution of the legal dispute. Temporary protection guarantees that things will be preserved as they were before the issue of the contested act without the need to use subsequent

restoration measures in case of cancelation of the act in accordance with Art. 301 the Code of Administrative Proceedings. However, the security should not be based on the suspensive effect of the appeal and the protest.

The dialectic between public and private interest in the process of administrative activity seems to be broken by the application of the suspensive effect which is confirmed by many special rules in the separate administrative laws. Increasingly, they make provision for the preliminary execution of acts issued in the order of their proceedings, as a rule, rather than as an exception, as it was laid down in Art. 60 of the Code of Administrative Proceedings. This is how the question was settled in the Code of Social Insurance - Art. 117a concerning orders for refunding of amounts unduly received; Art. 97, paragraph 4 of the Law on the Civil Service – relating to orders for disciplinary sanctions; Art. 153 of the Code of Taxation and Insurance Procedure - regarding the appeal of the audit acts; Art. 217 of the Spatial Planning Act - on certain categories of acts in construction; Art. 233, Art. 249 and Art. 250 of the Interior Ministry Act and many others - the Law on Energy (Article 13, Paragraph 7), the Law on Bulgarian Identity Documents (Article 79, Paragraph 3), the Law on Protection of Competition (Article 66, Paragraph 1).

This phenomenon is observed most often in acts for prosecuting of administrative compulsion (orders of mayors and governors under the Law on Public Health and the State Property Act on the seizure of state and municipal property; acts for suspension of permits and licenses; acts for seizure of items with special status and etc.). Practice shows that whenever the competence to impose a compulsory administrative measure is determined the legislator excludes the effect of the suspensive effect. It does the same when it takes away the right to use state or municipal property and when it takes away the right to carry out legally regulated activity. Considering that this is the main competence of the administrative organs, it is obvious that the exclusion of Art. 166, paragraph. 1 of the Code of Administrative Proceedings has become a rule and the basic rule - an exception.²

A. Elenkov properly remarks that “after the initial” enthusiasm “expressed in Art. 37, paragraph 3 of ZAP/repealed/ a number of laws enacted that an appeal against an administrative act regulated by them did not suspend its implementation, ie. in these laws the so-called “Direct action” of the administration was restored - the administrative act is first executed and then appealed.”³

That is, the rule established by 1991 that an appeal or protest does not

² Elenkov, A. The Code of Administrative Procedures, Sofia/ 2013, p. 1121

³ Lazarov, K., Kundeva, E., Elenkov, A, A comment over the Code of Administrative Procedure, Sofia, 2007, p. 56.

suspend execution, unless the court orders otherwise, continues to be with significant application. Of course, the best option would be the match between the interest of the complainant of cancellation the execution in order to prevent significant and difficult to repair damages and the public interest of not admitting obstruction for the administrative activity by delaying it through bland administrative cases.

3. The unjustifiably high amount of cassation fees entered with the new Art. 227a of the Code Administrative Proceedings is undoubtedly an attempt to obstruct the right to a two-instance trial. The administrative cases, as objective justice or a form of civil control over the executive, should by definition be free of charge. The low fees that have been provided by now were a guarantee for the seriousness of the contestation and it preserved the prohibition of abusing the law. The new situation leaves fees low before the first instance, but it increases them seven times before the second. Thus goes to the imposition of the principle of one-instance administrative justice. This is in contradiction to the general rule of art. 131 of the Code Administrative Proceedings in order to protect the “state” interest from faster imposition and execution of the administrative acts.

4. A serious and dangerous form of abuse of law in order to give priority to the state interest over the public and personal interests of citizens is the issuance of numerous regulatory administrative acts: decrees, regulations, *иквея* and instructions that contradict the normative acts of a higher degree, based on and in the application to which they were issued. At the same time, they come into legal contradiction with the whole framework of public law in Bulgaria, which accepts the conditions of harmonization with European Union laws and its basic principles.

The higher-level abstract norms of the relevant general or special law are detailed to a lower degree of normative regulation in accordance with the defined sphere and tasks of the state policy that is carried out by the competent administrative organs. The rights that may be affected by this regulatory activity are not only specific rights or interests arising from an unlawful regulatory act but also general civil rights including all the right that build the base of a legal state to be constitutionally and legally constituted, i.e. the principle of art. 4, paragraph 1 of the Constitution (Decision No. 6795 of 9.11.2000, the Supreme Administrative Court, Division 5). The removal of unlawful regulatory administrative acts and judgments is a problem of significant public importance and concerns not only directly interested parties but also the whole order of state and public administration which seeks to maximize the activity of the executive-executive power.

This should be within the scope of the legal interest and of the

administrative authorities themselves - an interest in the strict observance of legality in their field of activity. Practically, it is a part of the public interest in the common law of government. We read in Decision No. 1 of the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria of 27.01.2005 at cassation act No. 8 of 2004 - *«The legal state» means the exercising of state power on the basis of the constitution within the framework of laws that are materially and formally in conformity with the constitution and that are created to preserve human dignity and to achieve freedom, justice and legal certainty. Competition is possible, even conflict between the individual components, since each of them is, in order to be applicable, provided with guarantees for its realization. Such tension is found more often between the postulate of legal certainty and the requirement of justice, especially in periods of transition and dynamic legislation.*

The true realization of legitimate rights and personal interests are unthinkable without ensuring legality in the behavior of the state administration. Over the last twenty years it is difficult to define the work of the executive as primarily aimed at satisfying the public interest, which is also the interest of the individual Bulgarian citizen to live in a lawful social environment. State responsibility neglect means abdication of its main duty - to formulate and guarantee the interests of society as a matter of priority. In such a situation, it is normal and it is necessary the possibility for direct control of the citizens on the activity of the state administration to be extended. One of the ways could be a wide spread opinion that every citizen under the jurisdiction of the Republic of Bulgaria is a potential participant in public relations, which is regulated by administrative normative acts issued by the executive bodies. This automatically makes it a carrier of the legally proceedings interest and it should mean the state interest either. The restored legality as a result of the judicial control over a normative administrative act protects not only the personal interests, but also the public interests, and this must also mean the interests of the state. The possibility of judicial appeals against administrative acts of the administration «is an important democratic gain for the administrative justice and for the rights protection not only of individual citizens, organs and organizations, but also of large groups of society.»⁴

The principle of the law supremacy relating to the all legal acts is one of the main character at legal regulation of the social relationship system. Any other purpose or result of the actual exercise of the executive power in the legal state should be regarded as an abuse with the law.

5. In 2010 the problem for “optimizing” the work of the administrative

⁴ Kundeva, E/ Contestation of normative administrative acts in tribunal/ Administrative justice 4/2003, p. 11.

courts on first was posed in the public space. It was noted that the administrative courts in economically weaker administrative areas are not as charged with cases as those in the more populous and stronger economic areas. There was talk of reducing the number of administrative courts mostly through their consolidation. After the election of a new chairman of the Supreme Administrative Court one of his program thesis for the development of administrative justice in Bulgaria was precisely the reduction of the number of administrative courts.

Looking at the statistics on the number of cases that the twenty-eight administrative courts have heard for their short existence since 2007, increasing growth will be ascertain. It means only one - arousing interest in citizens for exercising their subjective right to protect their interests that are affected by the executive. According to the current magistrates, the reason for this is the considerable extension of the judicial control over the administration after the entering the Code of Administrative Procedure in 2006. These tendencies lead to the conclusion that the concerned person, even slowly, learn about the opportunities offered by the Code of Administrative Procedures to protect their rights and interests and to exercise them.

The observed growth of incoming cases is indicative in two twofold aspects. Firstly, it has been proved the advantages of specialized administrative justice at regional level, whose characteristics are the speed and quality, respectively the effectiveness of justice. Secondly, the administrative courts have become a corrective for the territorial administrative structures of the legislative and executive power, which exercising their functions follow courts practice of applying the numerous normative acts that regulate administrative legal relations in society.

In the last 3-4 years a decreasing of the first instance administrative cases has been observed. It might be explained as a function of the work of the administrative courts over the past ten years and the judging on appeals against administrative acts of municipal and state bodies and institutions in the area of jurisdiction of the court. Obviously, the reasons for the decisions of the administrative courts are taken into consideration by the administrative organs and this contributes to the issuance of a greater number of lawful administrative acts which as a result satisfy their addressees and are not appealed.

A position to protect the existing status could relies on two thesis. First, the possible reduction in the number of administrative courts through their consolidation will limit the subjective right of access to justice for the citizens of the affected areas. When this problem was resolved by the National Assembly, the idea of accessibility of justice was the leading one in the formation of the administrative courts. The increase in the scope and

importance of administrative law in the public life of the country in recent years has led to a real increase in the diversity and number of administrative cases before the courts. Administrative justice is seen as a form of process for providing legality in the country, as an opportunity for citizens to oppose the irregular activity of state organs in order to protect both their personal and the general interests of lawful government in the legal state .

The comparatively brief history of administrative justice in Bulgaria that includes the existence of the Supreme Administrative Court between 1913 and 1922 and 1934 to 1948, its restoration in 1996, and the subsequent establishment of regional administrative courts in each of the administrative districts is direct evidence that administrative justice is one of the most specific forms of implementation of the principle of separation and control between authorities, respectively one of the most accurate and true indicators of the state of democratic structure of the society. Therefore, it is necessary to endeavor for consolidate administrative justice as a guarantee for the protection of the rights, freedoms and legitimate interests of citizens and their organizations and to consolidate the Republic of Bulgaria as a democratic and rule of law state.

As a conclusion we will quote one of the greatest experts in the field of administrative law and the administrative process in Bulgaria prof. K. Lazarov who told in a private conversation on the topic: “It is very difficult to build something new but it is easy to break it down.”

Доц. д-р Катерина Йочева*

ЗЛОУПОТРЕБАТА С ПРАВО В ПРАКТИКАТА НА СЪДА НА ЕО/ЕС

UDC: 340.114:341.645.5(4-672EU)
Original Research Paper

Резюме: В статията се разглежда развитието на забраната на злоупотребата с право в практиката на Съда на ЕО/ЕС. По-специално се разглежда терминологията, която се използва в тази област, която се различава от сходната терминология, използвана на национално равнище. По-нататък в статията се разглеждат видовете злоупотреба с правото на ЕС, тестът на Съда за проверка за наличие на злоупотреба, както и правните последици от подобна злоупотреба.

Ключови думи: злоупотреба с право, съдебна практика, Съд на ЕО/ЕС, терминология

„[п]онятието за злоупотреба с право
от дълго време присъства в правото на ЕС“.
Miguel Poiares Maduro¹

Въведение

Няколко дела в Съда на ЕО/ЕС са превърнали принципа за забрана на злоупотребата с право в един от най-обсъжданите и релевантни съвременни проблеми на правото на ЕС. Въпреки че се открива във всяка правна система, понятието за злоупотреба с право остава противоречиво.

Напоследък се прокарва идеята, че съществува общ принцип на правото на ЕС, според който злоупотребата с право се забранява. С

* Нов български университет София

¹ Бивш генерален адвокат в Съда на ЕО/ЕС, цит. по Prohibition of Abuse of Law, A New General Principle of EU Law? Editors: Rita de la Feria, Stefan Vogenauer, Hart Publishing, 2011, с. VIII.

основание се твърди, че самият Съд на ЕС дава утвърдителен отговор на този въпрос в решението си по дело Kofoed² от 2007 г., в т. 38 от което се посочва:

„общия принцип на общностното право за забрана на злоупотребата с право [abuse of rights/abus de droit]. Правните субекти не могат да се позовават на нормите на общностното право с цел злоупотреба или измама. Прилагането на същите не може да се разпростре така, че да обхване злоупотреби, тоест транзакции, които са извършени не в рамките на обичайните търговски сделки, а единствено с цел злоупотреба с предимствата, предвидени в общностното право“.

Въпреки това точният обхват, съдържанието и ограниченията на забраната на злоупотреба с право далеч не са уредени. Също така не съществува и съгласие, че тази забрана наистина представлява общ принцип на правото на ЕС³.

Развитие на забраната на злоупотребата с право

Забраната на злоупотребата с право се развива в практиката на Съда на ЕО/ЕС от 1974 г., т.е. има вече 45 годишна история. Дело 33/74 *Van Binsbergen/Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* в областта на свободното предоставяне на услуги⁴ общо се разглежда като начална точка на тази практика, въпреки че думата „злоупотреба“ не се използва в това решение. Така идеята за ограничаването на практики по злоупотреба възниква в контекста на свободното движение на услуги, но впоследствие на нея се прави позоваване в много други области от правото на ЕС⁵. Така например в своето решение по дело *Centros* от 1999 г. Съдът на ЕС препраща към дълъг списък от решения, в които се разглеждат претендирани случаи на злоупотреба с право при останалите основни свободи (свободата на установяване, свободното движение на стоки и свободното движение на работници) и в които се прави преценка за потенциални практики на злоупотреба в областта на социалнотоосигуряване, общата селскостопанска политика и дружественото право⁶.

² Вж. решение от 5 юли 2007 г., *Hans Markus Kofoed/Skatteministeriet*, C-321/05, EU:C:2007:408.

³ Вж. *Stefan Vogenauer, The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, в *Prohibition of Abuse of Law, A New General Principle of EU Law?* Editors: Rita de la Feria, Stefan Vogenauer, Hart Publishing, 2011, с. 521.

⁴ Вж. решение от 3 декември 1974 г., *VanBinsbergen/BedrijfsverenigingvoordeMetaalnijverheid*, 33–74,EU:C:1974:131.

⁵ Цялостен преглед вж. в *Rita de la Feria, “Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax”* (2008) 45 *Common Market Law Review*, p. 395.

⁶ Вж. решение от 9 март 1999 г., *Centros Ltd/Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97,

От този момент нататък Съдът на ЕС разширява обхвата на забраната за злоупотреба с право и към други области и най-вече в областта на данъчното право⁷. Ключово в тази област е решението на Съда на ЕО/ЕС по дело Halifax и др.⁸. Последващи ключови решения в тази област са Cadbury Schweppes⁹, Thin Cap¹⁰ и Glaxo Wellcome¹¹.

Решението по дело Centros от 1999 г. по този начин се явява първото от поредица от знакови съдебни решения, в които постепенно се появява съдържанието на забраната за злоупотреба с право до днешни дни. Освен вече посочените знакови решения в данъчната област по-специално трябва да се отбележат и решенията по дело Emsland-Stärke¹² в областта на земеделието и решение по дело C-425/06 Ministero dell'Economia e delle Finanze срещу Part Service Srl.¹³ също в данъчната област.

По този начин Съдът постепенно формира чрез практиката си забрана на злоупотребата с право.

Подобна забрана на злоупотребата с право към момента отсъства на равнище първично право (Договорите), като отделни релевантни разпоредби се откриват във вторичното право на ЕС, които се приемат по-скоро за отражение на забраната, съдържаща се в практиката на Съда на ЕО/ЕС.

На равнище сравнително по-ново първично право обаче се открива една разпоредба, съдържаща по-широка забрана на злоупотребата с основните права на ЕС и това е разпоредбата на член 54 от Хартата на основните права на ЕС¹⁴, озаглавена „Забрана на злоупотребата с

EU:C:1999:126, т. 24.

⁷ Вж. Koen Lenaerts, The Concept of 'Abuse of Law' in the Case Law of the European Court of Justice on Direct Taxation, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2015, Vol. 22, issue 3, p. 329–351.

⁸ Вж. решение от 21 февруари 2006 г., Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd и County Wide Property Investments Ltd/Commissioners of Customs & Excise, C-255/02, EU:C:2006:121.

⁹ Решение от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes plc и Cadbury Schweppes Overseas Ltd/Commissioners of Inland Revenue, C-196/04, EU:C:2006:544.

¹⁰ Решение от 13 март 2007 г., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation/Commissioners of Inland Revenue, C-524/04, EU:C:2007:161.

¹¹ Решение от 17 септември 2009 г., Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG/Finanzamt München II, C-182/08, EU:C:2009:559.

¹² Решение от 14 декември 2000 г., Emsland-Stärke GmbH/Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-110/99, EU:C:2000:695.

¹³ Решение от 21 февруари 2008 г., Ministero dell'Economia e delle Finanze срещу Part Service Srl., C-425/06, EU:C:2008:108.

¹⁴ ОВС 202, 7.6.2016 г., с. 389–405. За правната сила на Хартата, равняваща се на първично право, вж. Йочева, К. Хартата на основните права на Европейския съюз в съдебната практика на Съда на ЕС (2009–2014 г.) В: УНСС, Юридически факултет,

право[abuse of rights/abus de droit]“. Тя гласи:

„Никоя от разпоредбите на настоящата Харта не трябва да се тълкува като даваща право да се извършва дейност или действие, които имат за цел погазване на признати в настоящата Харта права или свободи, или да се ограничават правата и свободите в по-голяма степен от предвидената в настоящата Харта“. Тази разпоредба обаче досега е имала ограничено значение¹⁵.

Използвана терминология

В тази област от правото на ЕС преобладава терминологично несъответствие и неprecизност, което затруднява разглеждането на въпроси за забраната на злоупотребата с право.

Забраната се изразява с различни сродни, но не идентични термини.

В практиката на Съда на ЕО/ЕС се срещат следните разнообразни термини на английски език¹⁶ за случаите на злоупотреба:

- abuse of law [abus de droit]¹⁷,
- misuse of law [abus de droit/злоупотреба с право]¹⁸,
- abuse of rights [abus de droit]¹⁹,
- abusive practices [pratiques abusives/практики, представляващи злоупотреба]²⁰,
- abusive reliance [recours abusive]²¹,
- abuse [pratique abusive]²².

Трудността при работа със съдебната практика произтича и от употребата в същата линия на мотивиране и на сходни понятия на

Годишна научна конференция 2012 Европейското бъдеще на България. Правни аспекти, с. 90–91.

¹⁵ Вж. обосновка на причините за това в Anthony Arnall, What is a General Principle of EU Law? В Prohibition of Abuse of Law, A New General Principle of EU Law? Editors: Rita de la Feria, Stefan Vogenauer, Hart Publishing, 2011, с. 22.

¹⁶ Посочвам за пълнота и наличните версии на френски и български език, където съществуват.

¹⁷ Вж. заключението на генерален адвокат Maduro по дело Halifax, вж. бел. под линия 8 по-горе, EU:C:2005:200, т. 71.

¹⁸ Вж. заключението на генерален адвокат Kokott по дело Kofoed, вж. бел. под линия 2 по-горе, EU:C:2007:86, т. 67.

¹⁹ Вж. заключението на генерален адвокат Léger по дело Cadbury Schweppes, вж. бел. под линия 9 по-горе, EU:C:2006:278, т. 118.

²⁰ Вж. решение по дело Halifax, бел. под линия 8 по-горе, т. 70 и решение по дело Cadbury Schweppes, бел. под линия 9 по-горе, т. 55.

²¹ Вж. заключението на генерален адвокат Stix-Hackl по дело Fidium Finanz AG/Bundesaufsicht für Finanzdienstleistungsaufsicht, EU:C:2006:182, т. 80 и 81.

²² Вж. решение по дело Emsland-Stärke, бел. под линия 12 по-горе, т. 52.

английски език като:

- circumvention – circumvent legislation [tourner une législation]²³ или circumvent the provisions [contourner les dispositions]²⁴,

- avoidance – for the purpose of avoiding the [...] rules [en vue de se soustraire aux règles]²⁵,

- evasion – attempting wrongly to evade [tentent de se soustraire abusivement à]²⁶,

- fraud – to prevent individuals from improperly or fraudulently taking advantage of provisions of Community law [les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires/правните субекти да се позовават на общностните норми с цел злоупотреба или измама]²⁷,

- improperly taking advantage of provisions of Community law [abusivement se prévaloir des normes du droit communautaire/не могат да се позовават на нормите на общностното право с цел злоупотреба]²⁸,

- wholly artificial arrangements [montages purement artificiels/напълно изкуствени схеми]²⁹.

Затруднения произтичат и от факта, че не винаги става ясно дали посочените по-горе понятия се използват като синонимни на злоупотреба, дали става въпрос за сходни понятия или доктрини, които се различават от злоупотребата и следва да се отграничават от нея.

До голяма степен объркването произтича от мултиезичното естество на ЕС³⁰ и на самата дейност на Съда на ЕО/ЕС, който работи на всички 24 официални езика на ЕС³¹. Освен това допълнителни неясноти се пораждат и поради разнообразната уредба в отделните национални

²³ Вж. решение от 10 януари 1985 г., Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc и други/SARL „Au blé vert“ и други, 229/83, EU:C:1985:1, т.27.

²⁴ Вж. решение от 23 септември 2003 г., Secretary of State for the Home Department/Насене Akrich, C-109/01, EU:C:2003:491, т. 57.

²⁵ Вж. решение по дело VanBinsbergen, бел. под линия 4 по-горе, т. 13.

²⁶ Вж. решение от 7 февруари 1979 г., J. Knoors/Staatssecretaris van Economische Zaken, 115/78, EU:C:1979:31, т. 25.

²⁷ Вж. решение по дело Centros, бел. под линия 6 по-горе, т. 24.

²⁸ Пак там, както и решение по дело Kofoed, бел. под линия 2 по-горе, т.38.

²⁹ Вж. решение по дело Cadbury Schweppes, бел. под линия 9 по-горе, т. 55.

³⁰ Вж. Йочева, К. Правна уредба на езиковия режим на Европейския съюз, в Сборник доклади от Международна научна конференция за 20-годишнината на БСУ, „Взаимодействието теория – практика: ключови проблеми и решения“, том втори, Бургас, 2011 г., стр. 98–105.

³¹ Вж. Йочева, К. Езиков режим на юрисдикциите на Европейския съюз, в Сборник доклади на научната конференция на Русенски университет „Ангел Кънчев“ и Съюза на учените – гр. Русе, 2010 г., изд. на Русенски университет „Ангел Кънчев“, том 49, Серия 7 – Правни науки, Русе, 2010, стр. 71–76.

правни системи на държавите членки относно разнообразие от форми за злоупотреба, избягване, измама и заобикаляне на правото, както и от различната правна терминология в тези системи, която придава различно значение на подобни понятия. Често дори съществува неразбирателство на национално равнище относно точното значение на подобни понятия и относно тяхното разграничаване. При превода на тези понятия от един официален език на ЕС на друг е почти невъзможно да се постигне терминологична точност. Следователно, напълно споделям извода на Stefan Vogenauer, че неясната терминология на правото на ЕС просто отразява „семантичното богатство“, преобладаващо в националните правни системи³². Съгласна съм и с неговата теза, че е желателно по-високо езиково съответствие на правото на ЕС в тази област с цел да се намали потенциалната опасност от объркване³³. За тази цел следва да се изработи европейско понятие за злоупотреба без позоваване на установената правна терминология в отделните държави членки. Както поддържа в практиката си самият Съд на ЕС:

„Следва също да се отбележи, че дори при пълно съответствие между текстовете на различните езици общностното право използва терминология, която е специфична за него. В допълнение следва да бъде подчертано, че правните понятия нямат непременно едно и също съдържание в общностното право и в различните национални правни системи“³⁴.

Оттук следва, че според Съда на ЕО/ЕС правните понятия от правото на ЕС имат автономно, специфично за ЕС значение, което обичайно се различава от езиковата употреба, използвана в една или повече от националните правни системи. Изразът „забрана на злоупотребата с правото на Общността“ (понастоящем ЕС) [prohibition of abuse of Community law/interdiction de faire un usage abusif des dispositions du droit communautaire], който за първи път се използва от генерален адвокат Maduro в заключението му по дело Halifax³⁵ е именно такова понятие и не бива лесно да се бърка с установените национални доктрини за злоупотреба с право. Това понятие не се използва универсално, но постепенно се налага в европейския правен контекст.

³² Вж. Stefan Vogenauer, цит. съч., с. 525.

³³ Пак там.

³⁴ Вж. решение от 6 октомври 1982 г., Srl CILFIT и Lanificio di Gavardo SpA срещу Ministero della sanità, 283/81, EU:C:1982:335, т.19.

³⁵ Вж. заключението на генерален адвокат Maduro по дело Halifax, EU:C:2005:200, т. 71.

Видове злоупотреба с правото на ЕС

Видно от съдебната практика на Съда на ЕО/ЕС³⁶, както и от доктрината³⁷, когато се разглежда злоупотреба с правото на ЕС, се визират основно две категории случаи:

- злоупотреба или измама с правото на ЕС (acquisition by fraudulent means/un autre cas d'abus, à savoir celui de la fraude) и

- заобикаляне на националното право с цел злоупотреба (circumvention of a provision which imposes an obligation/contournement d'une norme qui impose une obligation).

Най-добре двата вида злоупотреба с правото на ЕС са дефинирани в т. 24 от решение по дело Centros³⁸ по следния начин:

„Наистина, от практиката на Съда следва, че държавите членки имат право да предприемат мерки, насочени към възпрепятстване на възможността някои нейни граждани, под прикритието на предоставените от Договора облекчения, да заобикалят с цел злоупотреба прилагането на националното им законодателство (improperly to circumvent their national legislation/tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale), както и правните субекти да се позовават на общностните норми с цел злоупотреба или измама (improperly or fraudulently taking advantage of provisions of Community law/ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires)“.

Иначе казано, Съдът приема³⁹, че съществуват:

„два основни контекста, в които понятието за злоупотреба е анализирано от Съда. Първо, когато се прави позоваване на разпоредби на общностното право с цел злоупотреба с оглед да се заобиколи националното право. Второ, когато се прави позоваване на разпоредби на общностното право с цел злоупотреба с оглед да се получи предимство по начин, който противоречи на целите на същите тези разпоредби“.

Stefan Vogenaueг класифицира тези два случая като „abusive rule avoidance“ и „abusive rule appropriation“⁴⁰.

В първия случай става въпрос за злоупотреба с правото на ЕС, за да се изведе дадено лице извън обхвата на приложение на национално правило (заобикаляне с цел злоупотреба прилагането на съответното национално

³⁶ Вж. заключението на генерален адвокат Stix-Hackl по дело Fidium, бел. под линия 21 по-горе, т. 96.

³⁷ Така Stefan Vogenaueг, цит. съч., с. 525 и примерите в бел. под линия 48.

³⁸ Вж. бел. под линия 6 по-горе.

³⁹ Вж. заключението на генерален адвокат Maduro по дело Halifax, бел. под линия 34 по-горе, т. 63.

⁴⁰ Вж. Stefan Vogenaueг, цит. съч., с. 526 и следв.

законодателство), а във втория случай се допуска злоупотреба с правото на ЕС, за да се доведе дадено лице в обхвата на правото на ЕС (правните субекти се позовават на нормите от правото на ЕС с цел злоупотреба или измама).

Първоначално Съдът на ЕС развива две отделни линии на съдебна практика, разглеждаща случаи на abusive rule avoidance и случаи на abusive rule appropriation. Първата линия има за отправна точка решението на Съда от 1974 г. по дело Van Binsbergen⁴¹. Втората линия има за начална точка решението на Съда от 1977 г. по дело Cremer⁴². Едва в края на 90-те години на XX в. Съдът на ЕС започва да разглежда двата случая като интегрирано цяло⁴³.

В решението си по дело Emsland-Stärke⁴⁴ Съдът на ЕС за първи път формулира абстрактни критерии за преценка дали определено поведение съставлява злоупотреба. Така нареченият „тест за наличие на злоупотреба“ е формулиран дотолкова широко, че би могъл да обхваща и двата вида злоупотреба, описани по-горе.

Именно в т. 52 и 53 от решението си по дело Emsland-Stärke Съдът на ЕС указва изискванията за забрана на поведение на злоупотреба много по-ясно, отколкото в по-ранната си практика:

„52. Констатацията, че става въпрос за една практика на злоупотреба (abuse/pratique abusive), от една страна, изисква цял набор от **обективни обстоятелства**, от които следва, че въпреки формалното съблюдаване на условията, предвидени от общностната уредба, преследваната от тази уредба цел не е била постигната.

53. От друга страна, тя изисква **субективен елемент**, изразяващ се в намерението да се придобие предимство от общностната уредба, като се създават изкуствено условията, необходими за подобно придобиване. Наличието на подобен субективен елемент може да бъде установено, по-конкретно, от доказателство за наличието на съгласителство между износителя от Общността, който е бенефициент на възстановяването, и вносителя на стоките в третата страна“.

[неофициален превод]

Този тест по-късно е рафиниран в последващи дела и най-вече

⁴¹ Вж. бел. под линия 4 по-горе.

⁴² Решение от 11 октомври 1977 г., *Entreprise Peter Cremer/Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung*, 125–76, EU:C:1977:148.

⁴³ Вж. Stefan Vogenauer, цит. съч., с. 529 и цит. там литература.

⁴⁴ Вж. бел. под линия 12 по-горе.

в решението по дело Halifax⁴⁵. В т. 74 и 75 от решението по това дело Съдът посочва:

„74 Като се имат предвид тези съображения, изглежда, че в областта на ДДС констатацията за съществуването на практика на злоупотреба (*abusive practice/pratique abusive*) изисква, от една страна, разглежданите операции, въпреки формалното прилагане на условията, предвидени съгласно релевантните разпоредби на Шеста директива и на националното законодателство за транспонирането на тази директива, да имат за резултат придобиването на едно данъчно предимство, чието предоставяне би противоречало на преследваната от тези разпоредби цел.

75 От друга страна, това също така трябва да е резултат от цял набор от обективни елементи, като съществената цел на разглежданите операции да е получаването на данъчно предимство. Всъщност, както отбелязва генералният адвокат в т. 89 от своето заключение, забраната за практиките на злоупотреба не е релевантна, докато за разглежданите операции е възможно да има друго оправдание, различно от простото придобиване на данъчни предимства“.

[неофициален превод]

Видно е, че съдебната практика е в продължаващо развитие и все още не е изработен универсално приложим тест за прилагане на забраната със злоупотребата с право в правото на ЕС. Следното предложение обаче широко отразява позицията на Съда на ЕО/ЕС и се споделя от повечето коментатори в доктрината⁴⁶.

Забраната на злоупотреба трябва да отговаря на **три изисквания**:

1. формално съблюдаване –лицето, което се позовава на дадено правило, трябва да изпълни всички негови изисквания, като съблюдава стриктно буквата на това правило,
2. противоречие на целта – прилагането на правилото към поведението на лицето би довело да резултата, който противоречи на целта на правилото,
3. позоваване с цел злоупотреба –за да се възползва от прилагането на правилото лицето е подредило делата си по изкуствен начин.

В случай че бъдат изпълнени тези изисквания, се поражда правните последици – правилото не се прилага към фактите, а лицето, което се

⁴⁵ Вж. бел. под линия 8 по-горе.

⁴⁶ Вж. StefanVogenauer, цит. съч., с. 530.

позовава на него, не може да извлече права от него:

„Прилагането на доктрината за злоупотребата (abuse/abus) води до неприлагане на разпоредба от Общностното право и следователно – до заключението, че правото не е предоставено“⁴⁷.

По-нова съдебна практика в областта на злоупотребата с право

Прегледът на по-новата съдебна практика на Съда на ЕС (2014–2018 г.), който традиционно и най-авторитетно ежегодно се прави в Годишния доклад на институцията, показва, че въпросът за злоупотребата с право (abuse of rights/abus de droit) се разглежда по-специално в Годишния доклад на Съда на ЕС за 2014 г. В този Годишен доклад въпросът за злоупотребата с право се извежда на преден план в три ключови съдебни решения в разглежданата област:

- решение от 18 декември 2014 г., McCarthy и др. (C-202/13, EU:C:2014:2450), представено в раздел II „Гражданство на Съюза“

- решение от 13 март 2014 г., SICRES и др. (C-155/13 EU:C:2014:145), представено в раздел V „Селско стопанство“, и

- решение от 17 юли 2014 г., Torresi (C-58/13 и C-59/13, EU:C:2014:2088), представено в раздел VI.2 „Свобода на установяване и свободно предоставяне на услуги“.

По отношение на първото от тези три дела в Годишния доклад на Съда на ЕС за 2014 г. се сочи:

„Освен това, що се отнася до член 35 от Директива 2004/38, който предвижда, че държавите членки могат да приемат необходимите мерки за отказ, прекратяване или отнемане на някое от правата, предоставени с тази директива в случаи на злоупотреба с права или измама, Съдът счита, че приетите на основание на тази разпоредба мерки трябва да отговарят на предвидените в посочената директива процесуални гаранции и трябва да се основават на индивидуална преценка на конкретния случай. В това отношение, за да се докаже наличието на злоупотреба, е необходима съвкупност от обективни обстоятелства и субективен елемент. В този смисъл обстоятелството, че държава членка е изправена пред голям брой злоупотреби с права или измами, не би могло да обоснове приемането на мярка, която се основава на съображения за обща превенция и изключва конкретната преценка на поведението на засегнатото лице. Всъщност поради автоматичния им характер подобни мерки биха позволили на държавите членки да не прилагат разпоредбите на Директива 2004/38

⁴⁷ Вж. заключението на генерален адвокат Maduro по дело Halifax, бел. под линия 35 по-горе, т. 71, която препраща към бележка 66 към заключението.

и да не се съобразят със самата същност на основното лично право на гражданите на Съюза на свободно придвижване и пребиваване, както и на производните права, които ползват членовете на семейството им, които не са граждани на държава членка“.

Във връзка с второто посочено дело в областта на злоупотребата с право в Годишния доклад на Съда на ЕС за 2014 г. се посочва:

„В областта на селското стопанство решение SICES и др. (C-155/13 EU:C:2014:145), обявено на 13 март 2014 г., дава възможност на Съда да се произнесе относно понятието за злоупотреба с право във връзка с тълкуване на уредбата относно лицензиите за внос на чесън, въведена с Регламент № 341/2007/55. В случая от Съда е поискано по-специално да уточни дали член 6, параграф 4 от посочения регламент не допуска операции, чрез които вносителят, притежател на лицензии за внос при намалена митническа ставка, закупува стока преди внасянето ѝ в Съюза от оператор, който на свой ред е традиционен вносител по смисъла на Регламента, но е изчерпал своите лицензии за внос при намалена митническа ставка, а впоследствие, след като я е внесъл в Съюза, му я препродава. Запитващата юрисдикция иска да установи дали посочената разпоредба, която не урежда тези операции, ги забранява и дали те съставляват злоупотреба с право.

Това дело позволява на Съда да напомни, че правните субекти не могат да се позовават на нормите на Съюза с цел измама или злоупотреба иче, за да еналице злоупотреба, са необходими обективен и субективен елемент. В случая във връзка с обективния елемент Съдът отбелязва, че целта на Регламента при управлението на тарифните квоти да се запази конкуренцията между истинските вносители, така че нито един отделен вносител да не е в състояние да контролира пазара, не е постигната. Всъщност чрез разглежданите операции купувачът — вносител, изчерпал своите лицензии за внос и в невъзможност вече да внася чесън при преференциална тарифна ставка, може да се снабди с чесън, внесен при преференциална тарифна ставка, и да разпростре влиянието си на пазара, надхвърляйки отредения му дял от тарифната квота. Във връзка със субективния елемент Съдът посочва, че при обстоятелствата като разглежданите вглавното производство, за да може да се счита, че основна цел на съответните операции ебила предоставянето на купувача в Съюза на неполагащо му се предимство, енеобходимо вносителите да са имали намерение да му предоставят такова предимство ипо отношение на вносителите операциите да са лишени от всякаква икономическа и търговска обосновка, а това следва да се провери от запитващата юрисдикция.

Поради това Съдът постановява, че макар по принцип споменатата разпоредба да допуска разглежданите операции по покупко-продажба, внос и препродажба, те представляват злоупотреба справо, когато са замислени като привидни, основно с цел да се ползват от преференциална тарифна ставка“.

По отношение на третото споменато решение в областта на злоупотребата с право в Годишния доклад на Съда на ЕС за 2014 г. се отбелязва:

„Най-напред във връзка със свободното движение на физически лица големият състав на Съда, с решение *Torresi* (C-58/13 и C-59/13, EU:C:2014:2088), постановено на 17 юли 2014 г., тълкува Директива 98/5 относно адвокатската професия в държава членка, различна от държавата, в която е придобита квалификацията, за да определи условията за наличие на злоупотреба справо. Вслучая двама италиански граждани, съвсем скоро след като придобиват професионалното звание „*abogado*“ в Испания, са поискали вписване в адвокатската колегия, за да им бъде разрешено да упражняват адвокатска професия в Италия. Компетентният адвокатски съвет отхвърля молбата им.

Съдът отбелязва, че целта на тази директива е да улесни постоянното упражняване на адвокатската професия в държава членка, различна от държавата, в която е придобита професионалната квалификация. Правото на гражданите на държава членка да изберат, от една страна, в коя държава желаят да получат своята професионална квалификация, и от друга страна, в коя държава имат намерение да практикуват професията си, е присъщо на упражняването на гарантираните от Договорите основни свободи в рамките на единния пазар. При това положение Съдът стига до извода, че нито обстоятелството, че гражданин на държава членка, който е получил университетска диплома в същата държава, е заминал в друга държава членка, за да придобие там адвокатска правоспособност, и впоследствие се е върнал в държавата членка, чийто гражданин е, за да упражнява там адвокатска професия под професионалното звание, придобито в държавата членка, в която е получена адвокатската правоспособност, нито обстоятелството, че въпросният гражданин е избрал да придобие професионална квалификация в държава членка, различна от тази, в която пребивава, за да се възползва от по-благоприятното ѝ законодателство, позволяват да се направи извод за наличието на злоупотреба с права.

Освен това Съдът приема, че режимът, въведен с Директива 98/5, не може да засегне основните политически и конституционни структури, нито съществените функции на приемащата държава членка по смисъла на член 4, параграф 2 ДЕС, тъй като не урежда достъпа до адвокатската

професия, нито упражняването на тази професия под професионалното звание, придобито в приемащата държава членка“.

Заключение

Според изведената от практиката на Съда на ЕО/ЕС забрана за злоупотреба с правото на ЕС дадена правна норма няма да се приложи, ако са изпълнени разписаните в съдебната практика изисквания, разгледани по-горе в статията.

Тези изисквания, както и правните последици, процедурните аспекти и ограниченията на тази забрана са изведени постепенно от Съда на ЕО/ЕС през последните почти пет десетилетия. Броят на релевантните решения по ключови дела в разглежданата област постоянно нараства. Според доктрината налице са всички характеристики тази забрана да бъде въздигната в общ принцип на правото на ЕС. Подобен принцип обаче все още е в процес на развитие. Той все още се надява на формално и всеобщо признаване и закрепване в нормативната основа.

Катерина Бориславова Йочева, доц. д-р, НБУ, департамент „Право“,
тел. 088 77 145 88, имейл: kyocheva@nbu.bg

*Katerina Yocheva,
Assoc. Professor New Bulgarian University Sofia
kyocheva@nub.bg*

ABUSE OF LAW IN THE CASE-LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

***Abstract:** In the paper under consideration is the prohibition of abuse of law in the case-law of the Court of Justice of the EU. Under particular consideration is the terminology, used in this area, which differs from the similar terminology, used on the national level. Further on the paper tackles with the types of abuse of EU law as well as the test applied by the Court to verify whether such an abuse exists and the legal consequences of such an abuse.*

***Key words:** Abuse of Law/Rights, Case-law, Court of Justice of the EU, Terminology*

МЕХАНИЗМИ ЗА ЗАШТИТА НА ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА И ЗЕМЈИТЕ ОД СОСЕДСТВОТО

UDC: 342.72/.73(497-15)
Short communications

***Апстракт:** Предмет на овој труд е анализа на состојбата на полето на почитување на човековите права и основни слободи, вклучувајќи ги и слободата на мислење, совеста и уверувањето, без оглед на расата, полот, јазикот или религијата во државата и во соседството. Согласно Универзалната декларација за човекови права, државите е потребно да знаат кои права е потребно да се донесат, односно кои да не се донесат, да си ги почитуваат правата на своите граѓани. Државите кои ги имаат ратификувано овие договори се обврзани да донесат закони кои ќе ги штитат човековите права. Земјите од Западен Балкан континуирано ратификуваат меѓународни договори за човекови права и ја хармонизираат постојната легислатива, како би била во согласност со европските стандарди. Сепак, нееднакво имплементирање на овие конвенции и недостиг на човечки потенцијал кој се однесува на владеење на правото е главна пречка за подобрувањето на човековите права и решавање на проблемите во регионот. Политичката нестабилност, широко распространета корупција, недостиг од континуирани реформи, независност на судството и слаби правни механизми се главните работи кои треба да се елиминираат, а најактивни во таа борба се организациите за човекови права и независните медиуми кои се чувари на општеството. Мониторингот и системското следење на состојбите, како и бесплатната правна помош, придонесуваат во почитување, промоција и заштита на основните човекови права и слободи, а со тоа се дава особен придонес за развојот на демократијата, граѓанското општество и човековите права воопшто.*

***Клучни зборови:** човекови права, механизми на заштита, владеење на правото*

* Меѓународен Славјански Универзитет Свети Николе

Воведни напомени за човековите права во земјите на Западен Балкан

Општата декларација за човекови права е најшироко прифатена во светот, што значи и во земјите на Западен Балкан, што подразбира дека и во нив може да се мери и да се согледува (не)почитувањето на човековите права или правата на човекот дефинирани во Декларацијата. Иако Универзалната декларација за човекови права до денес е прифатена од повеќето држави во светот, истата не е документ кој законски ги обврзува државите да постапат според неа. Меѓутоа, мора да се истакне дека непочитувањето на овие правила од страна на државите битно влијае врз јавното мислење за нив широм светот. Затоа нејзините начела се озаконети во облик на меѓународни пактови за граѓански и политички права, економски, социјални и културни права, во уставот итн. Државите кои ги имаат ратификувано овие договори се обврзани да донесат закони кои ќе ги штитат човековите права .

Една од најпознатите организации која се занимава токму со оваа проблематика е Civil Rights Defenders која значително придонесува кон подобрување на човековите права. Оваа организација е една од повеќето како што се “Human Rights Watch”, “Helsinki committee”, кои ги бранат човековите цивилни и политички права и ги поддржуваат бранителите на човекови права кои се изложени на ризик . Бранителите на човекови права и новинарите се под постојани закани поради нивната работа за искоренување на корупцијата и нееднаквоста на владеењето на правото . Убиството на руската активистка за човекови права Наталија Естемирова во 2009 година во Чеченија беше прв случај во кој е се посегна по животот на бранител на човекови права.

Евроинтеграциски аспирации на земјите од Западен Балкан

Според извештајот на Human rights watch објавен на 31 јануари 2013 година, земјите од Западен Балкан не вложуваат доволно енергија во поглед на човековите права, а кои се многу битен елемент од евроинтеграцискиот процес. Во извештајот позитивно е истакнат напредокот во судските процеси за воени злосторства што се спроведени во локалните судови во Хрватска, Босна и Херцеговина и Србија, но исто така наведува дека и продолжувањето на спроведувањето на истите е клучно прашање. Една од позитивните страни, иако не со оној интензитет со кој Европската Унија и Human rights watch очекуваат нештата да се

случуваат, е напредокот во поглед на намалувањето на дискриминацијата и барањата на бегалците. Воедно се истакнува дека е остварен одреден напредок и во делата за воени злосторства во Србија и Косово .

За многумина во Европа поимот Западен Балкан се уште дава слика на брутални конфликти кои следуваат по распаѓањето на Југославија во 90-тите. Ранливи групи луѓе, вклучувајќи ги и оние хендикепираните, немоќните и малцинствата сè уште се изложени на сериозни злоупотреби на Балканот. Новинарот и аналитичар за Западен Балкан, Аманда Мек Реј во својот извештај изнесува повеќе факти. Поправање на штетата направена од конфликтите кои се јавија на територијата на поранешна Југославија и создавање услови за раселените да се вратат во своите огништа се битни задачи за државите. Но секогаш фокусирајќи се токму на овие задачи, истите постануваат товар на останатите ранливи и маргинализирани групи.

Клучно прашање за поширокиот регион е одговорноста спрема воените злосторници, како и соработката на земјите со Меѓународниот кривичен суд за бивша Југославија. Во тој поглед Босна и Херцеговина напредуваше со крупни чекори, додека пак Хрватска кривично гонеше осомничени за воени злосторства и како забелешка беше тоа што несразмерно голем број од тие лица биле Срби. За разлика од останатите земји од регионот, најмал напредок во поглед на одговорноста за воени злосторства е забележан на Косово, но и тоа е еден позитивен сигнал кој го упатува оваа држава. Тоа се должи на постапките кои ги покренала новата полициска и цивилна мисија на безбедносните сили на Европската Унија за Косово (EULEX) и токму затоа Косово беше префрлено од категорија „неслободни“ во „делумно слободни“ земји.

Доколку се земе извештајот од 2009 година на американската демократска набљудувачка група Фридом Хаус кој опфати 195 земји и 14 територии, ќе се увиди дека има голем пад на слободата во светот, при што бројот на изборни демократии паднал од 119 на 116, а особено се истакнуваат падовите во демократската слобода во 40 земји во Африка, Латинска Америка, Блискиот Исток и поранешниот Советски Сојуз. Воедно е заклучено дека овој пад е од глобален карактер кој ги опфаќа земјите со воена и економска моќ и што е уште полошо, највлијателните авторитарни режими станаа порепресивни, повлијателни на меѓународната сцена и побескомпромисни. Агенцијата за да го формира овој извештај посветува внимание на изборните процеси, политичкиот плурализам и функционирање на власта, како и слободата на изразувањето, слободата на здружувањето и владеењето на правото. Во периодот што следи, Босна и Херцеговина е потребно

да направи измени во нејзината легислатива во поглед на малцинските заедници, доколку се надева да стане земја членка на ЕУ, односно да покаже посветеност во промовирањето на човековите права во рамки на нејзините граници, а ЕУ и САД ќе продолжат да вршат притисок се додека овие услови не бидат исполнети. Во Србија, во основа, властите ги блокираат организациите кои мониторираат и даваат извештаи за состојбите во институциите за лицата со посебни потреби. Воедно, забелешка има и во однос на малтретирањето на независните новинари, што претставува посебен проблем, забележан и во Босна, Хрватска и Косово во изминатиот период. Други застрашувачки нешта кои се идентификуваат се недејствувањето на Хрватска во поглед на потребите на емигрантите и азилантите, вклучувајќи и недостиг од адекватна заштита за децата на емигрантите, политиката на Босна и Херцеговина во поглед на осомничените за тероризам и нивното (не)приведување, како и континуираната нетолеранција спрема припадниците на LGBT заедницата. Во тој поглед Република Македонија има превземено големи чекори, заедно со Црвениот Крст на Република Македонија, за лицата на кои им се потребни основните работи за живот, храна, облека, сместувачки капацитети, истите се условно речено наследени од поранешниот систем и успешно имплементирани. Обезбедени се живеалишта за бездомници, креирани се повеќе здруженија кои се од голема помош од државата, но и граѓаните помагаат на лицата со хендикеп, се со цел истите да се почувствуваат дека не се отфрлени од општеството. Воедно, се издадени и повеќе публикации од професори и интелектуалци кои се борат за правата на човекот. Во нив се опфатени содржини за основните човекови права и слободи, родова еднаквост, лица со хендикеп, здравје и сексуалност, народен правобранител, здруженија на граѓани, учество во политика, животна средина итн.

Меѓународните механизми за заштита на човековите права е комплексен и сложен процес кој во себе во опфаќа низа на тела кои неуморно работат на промоција, превенција и заштита на човековите права. Република Македонија, како членка на Совет на Европа, активно соработува со сите тела на СЕ (Комитетот за превенција на тортура, Венецијанската комисија, ЕКРИ, Комесарот за човекови права, итн.) и интензивно ги исполнува своите обврски кои произлегуваат од членството во СЕ и Конвенциите на СЕ кон кои има пристапено. Советот на Европа, преку своите механизми на делување им помага на државите членки да се справат со корупцијата и со тероризмот и да спроведат неопходни реформи во правосудниот систем. Групата на експерти по уставно право, позната како Венецијанска комисија, дава правни совети на многу земји

ширум светот. Советот на Европа ги промовира човековите права преку меѓународни конвенции, како што се Конвенцијата за спречување и борба против насилството врз жените и семејното насилство и Конвенцијата за компјутерски криминал. Го следи напредокот на државите членки во овие области и дава препораки преку независни експертски тела кои вршат мониторинг во дадените области. Сите држави членки на Советот на Европа ја укинаа смртната казна.

Заклучок

Земјите од Западен Балкан континуирано ратификуваат меѓународни договори за човекови права и ја хармонизираат постојната легислатива, како би била во согласност со европските стандарди. Сепак, нееднакво имплементирање на овие конвенции и недостиг на човечки потенцијал кој се однесува на владеење на правото е главна пречка за подобрувањето на човековите права и решавање на проблемите во регионот. Политичката нестабилност, широко распространета корупција, недостиг од континуирани реформи, независност на судството и слаби правни механизми се главните работи кои треба да се елиминираат, а најактивни во таа борба се организациите за човекови права и независните медиуми кои се чувари на општеството. Хелсиншките комитети преку мониторинг и систематско следење на состојбите, како и со нивната директна бесплатна правна помош придонесуваат во почитување, промоција и заштита на основните човекови права и слободи, а со тоа даваат особен придонес за развојот на демократијата, граѓанското општество и човековите права воопшто.

Liljana Milanova, PhD
International Slavic University
milanova.liljana@yahoo.com

MECHANISMS FOR PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA AND NEIGHBORING COUNTRIES

Abstract: The subject of this paper is an analysis of the situation in the field of respect for human rights and fundamental freedoms, including freedom of thought, conscience and belief, regardless of race, sex, language or religion in the country and in the neighborhood. According to the Universal Declaration of Human Rights, states need to know which rights are needed to be adopted, that is, who should not be adopted, to respect the rights of their citizens. States that have ratified these treaties are bound to pass laws that will protect human rights.

Western Balkan countries continuously ratify international human rights treaties and harmonize existing legislation in line with European standards. However, the unequal implementation of these conventions and the lack of human potential regarding the rule of law is a major obstacle to the improvement of human rights and the resolution of problems in the region. Political instability, widespread corruption, lack of continuing reforms, independence of the judiciary and weak legal mechanisms are the main things that need to be eliminated, and the most active in that fight are human rights organizations and independent media that guard the society. Monitoring and systematic monitoring of the situation, as well as free legal aid, contribute to the respect, promotion and protection of the fundamental human rights and freedoms, thus giving a special contribution to the development of democracy, civil society and human rights in general.

Key words: human rights, mechanisms of protection, rule of law

THE NOTION OF ADMINISTRATIVE ACT AND ITS FUNDAMENTAL LEGAL ATTRIBUTES

UDC: 35.077.3/.6

Review paper

Abstract: *This paper addresses the issues of concept and basic legal attributes (features) of administrative acts. The administrative proceeding is regulated by General Administrative Proceeding Act, which codifies general administrative proceeding and most of the state administration authorities use it when making their decisions. The administrative act in legal doctrine is defined as a legal (normative), individual, unilateral, binding act of administrative authority deciding on administrative matters. Administrative matter is a legal, individual, non-contentious situation in which the administrative authority is entitled to and obliged by the law to decide on a right, duty or legal interest of an individual or an organization. Administrative acts are individual in the sense that they refer to a particular case or cases and their application is limited to that case(s). Instead of administrative act, also as an alternative optional term is used the term resolution. Resolution is the most common name for administrative acts, although special laws sometimes use other terms, such as, permit, consent, approval, decision etc.*

Key words: *administrative act, public administration, administrative procedure; rule of law.*

1. Some General Considerations

The legal norm is related to the legal act, because its content is adopted at the same time with the adoption of the legal act. In the legal norm, simultaneously, the will of the state authority manifests in a certain way to

* Assistant Professor, Law Faculty SEEU, blerton.sinani@seeu.edu.mk

regulate the behavior of people by issuing a rule of conduct in its act, i.e. it will determine the norm.¹ In term legal act covers all human actions, which aims to create legal norms and to regulate social relations with their help.² The legal act is a declaration of will of a certain state body that has the purpose and effect of making a change in the legal order.³ In fact, the legal act is a legal-technical mean for creating and applying the positive national law of a particular state.⁴ Legal norms are created through legal acts as its content which may be of a general or particular legal nature. For example, the Constitution, laws, international treaties are legal acts with a general normative legal nature, since they regulate important social relations in the legal system of a certain state. Besides legal acts of general normative nature, there are legal acts of an individual legal nature, which are adopted on the basis and for the application of a legal act of general normative nature. The individual legal acts make concretisation of the normative content of general legal acts. These legal-theoretical findings need to be enriched with an illustrative example. Thus, for example, the Law on Urbanism and the Law on Construction Police provide a general legal norm for illegally built constructions. In accordance with this general legal norm, the specialized body (the Council of Regulatory Territory and the Construction Police as an executive body) adopts an individual administrative act that is related to the demolition of the illegally constructed building. This means that the general legal norm can not be implemented spontaneously and automatically without adopting an individual legal norm for the particular entity that has violated the positively legal norm. The exact legal act adopted by the competent state body authorized by the Law on the Destruction of Illegally Constructed Buildings (Council for Regulation of the Territory) represents an administrative act.⁵ A conclusion can be drawn out from the illustrated example that the administrative act has an instrumental character, i.e. a means by which assistance, in essence, is applied the objective administrative-legal norm in the individual concrete case in practice. Furthermore, the development of the civil society with its postulate (the requirement) that the activity of the administration as a segment of the public authority should be legally expressed, causing a social-political need to construct such a legal act that, in carrying out the objective legal order, will receive the intermediary instrumental character and purpose that the judicial decision has in the court decision.⁶ By exercising its competences, the public

¹ Стеван Габер, *Теорија на државата и правото*, Скопје, 1986, p. 339.

² Oleg Mandić, *Država i pravo*, Zagreb, 1958, p. 66.

³ Славољуб Поповић, Милан Петровић, *Управно право*, Ниш, 2011, p. 69.

⁴ Димитар Бајалѓиев, *Вовед во правото*, Скопје, 1999, p. 103.

⁵ Sokol Sadushi, *E Drejta Administrative*, Tiranë, 2008, p. 14.

⁶ Velimir Ivančević, *Institucije upravnog prava*, Zagreb, 1983, p. 230.

administration bodies adopt numerous acts according to their internal content legal nature and legal importance.⁷ The administrative act represents central and immanent form of administrative action, respectively represents the manifestation and exercise of the administrative function of the state power. The prerogative of the adoption of administrative acts belongs primarily to the public administration bodies that are provided with public empowered authorizations in order to be competent for the adoption of administrative acts that are typical of the legal activity of the state administration. In fact, the public administration bodies are qualified as a specialized state bodies for the adoption of administrative acts, because this legal activity, in the constellation of the structural organization of the state power, is, as a rule, a *differentia specifica* only for them. Namely, the administrative act is a fundamental type of individual legal acts issued by the state administration in the performance of the administrative activity. What the judgment is for the court that is the decision for the public administration. Both with one and the other act expresses only what is legal, and both acts are nothing but the application of the general abstract legal norms of the law in concrete cases. As the administration and the judiciary gradually changed in time as two completely separate state-legal functions, the category of administrative acts gained independence in the legal doctrine, both in the legislation and in the judicial practice.⁸ However there is a difference between administrative and judicial acts. Namely, for the administrative acts the dispute between the parties does not matter, nor does it always require special initiation of the procedure (the formal request such as the lawsuit, appeal, application). Also, often administrative acts are adopted without the presence of the parties and without litigation (i.e., there is lack of oral and contradictory procedure).⁹ In addition, the court act refers to some earlier behavior, while the administrative act refers to some future behavior.¹⁰ On the other hand, unlike double-sided legal matters such as contracts between private individuals as individual legal acts binding only with their consent, the adoption of administrative acts depends on the will of one side only - the state administrative authority and obliges against the will of the subjects of right, because it is a matter of realizing the public interest.¹¹

2. The notion of administrative act

Figuratively expressed, the administrative act is the emblem, the label that

⁷ Nikola Stjepanović, *Upravno pravo u SFRJ* – Knjiga II, Beograd, 1973, p. 3.

⁸ See: Velimir Ivančević, *Institucije upravnog prava*, Zagreb, 1983, p. 231-234.

⁹ Duško Vrban, *Država i pravo*, Zagreb, 2003, p. 86.

¹⁰ Невенка Бачанин, *Управно право*, Крагујевац, 2000, p. 268.

¹¹ Лазо Костић, *Сабрана дела – Административно право*, Београд, 2000, p. 365-366.

marks the public administration and as such represents a unilateral declaration of will of the state administrative authority that changes in the existing current rights and obligations of certain persons in certain legal situations. Beside that the administrative act also represents a “crown of administrative procedure” and the implementation of the positive law in individual concrete cases in practice.¹² In regard of the adoption of the administrative act it should be made a clear distinction between two ways of adopting the administrative acts. The administrative act can be adopted according to the administrative procedure initiated *ex officio* or with a proposal of the party on the basis of the so-called *ex privato*. As a rule, if the administrative act is adopted *ex officio*, then a certain entity in the administrative-legal relationship towards which the administrative act is directed imposes an obligation (for example, payment of the tax) and if it is adopted upon the request of the party, then it’s about the recognition of some right (for example, the right to a disability pension). The legal acts, and so the administrative act produces legal effects: it creates, changes or abolishes a legal situation. The administrative act is a legally relevant instrument in the enforcement of the law. It is an individual legal act of public administration which targets the application of legal regulations as general and abstract normative legal acts and establishes specific legal relations. With the help of the administrative act, the behavior rule (disposition) for the particular case is determined. Moreover, administrative acts such as the emanation of administrative activity provide and make possible the creation of individual subjective rights. Without the administrative acts, such rights could not be revived and consumed, and there would not be visible expression of the administrative act at all.¹³ Through administrative acts usually is seen the imperative nature of the law and they can be understood as the commandments/orders of the sovereign power of the state. Accordingly, in the new conditions, the public administration does not apply the law with the performance of the directly material operations, but by issuing legal acts in a certain form, under certain conditions and according to a certain procedure. The administrative act becomes a means by which the public administration announces in advance how the law will be applied in the concrete case, i.e in what direction and in which way its discretionary power will be used in the given conditions.¹⁴

Historically, it is not disputed that the beginning of the administrative act is bound to the state of law in which the administrative action is subjected to (subordinate) to the law. The application of the principle of legality in the rule of law implies in itself the fact that the administrative act as a legal source

¹² Esat Stavileci, *Nocione dhe Parime të Administratës Publike*, Prishtinë, 2005, p. 279.

¹³ Лазо Костић, *Сабрана дела – Административно право*, Београд, 2000, p. 534.

¹⁴ Павле Димитријевић, *Правноснажност управних аката*, Београд, 1963, p. 21-22.

of administrative function applies the law in an individual case.¹⁵ The term acts of the public administration means all acts adopted by the public administration bodies in their ordering/commanding and executive activity, regardless of whether they are legal or material acts. This implies that the acts of the public administration are both legal acts and simple administrative or professional actions that are designated as material operations or material acts of the public administration. One of the oldest divisions in the acts of the administration comes from Lafherier and Berteley, and this is a division of acts of power (*actes de commandement; actes de la puissance publique*) and acts of business (*actes de gestion privée*). Acts of authority or authoritative legal acts are individual legal acts of the administration in which the administration appears as the holder of the state imperium, as the exerciser of power, on public authorizations.¹⁶ They are legal acts in which the state administration appears with stronger will than the other entity in the legal relationship, where, on the basis and within the law, it commands and does not negotiate with it. On the other hand, non-authoritative legal acts or legal acts of business are legal acts in which the state administration appears to individuals with the equivalent will in the capacity of a private legal entity, which means that they do not show the attribute of a commanding/ordering power, but through negotiating with them.¹⁷ Hence, with the authoritative administrative acts, the bodies of the public administration command-give an authoritative or peremptory order, prohibit or authorize, while the acts of the business, the bodies of the public administration perform legal affairs - contracts as they are concluded by ordinary individuals (e.g., procurement, purchase, etc.). The first acts are authoritative, others are non-authoritative. This theory reflects the broad theory of the dual personality of the state: one public-legal (*imperium*), the other private-legal (*fiscus*). The first personality of the state is the subject of public law, it is the state in which as a government that unilaterally issues commands, and the other personality is that of private law, that is the state as the holder/bearer of a property rights, which concludes legal affairs with other parties in accordance with the principle of autonomy of the party's will.¹⁸ When the state acts as a public authority, the norms of public law apply in doing so, and when it acts as a public authority *fisk-us*¹⁹ *this practice applies the norms of private law. When exercising power, the state adopts unilateral (administrative regulations, administrative acts, material acts of coercion)*

¹⁵ Đuro Vuković, *Pravna država*, Zagreb, 2005, p. 226.

¹⁶ Nikola Stjepanović, *Upravno pravo u SFRJ – Knjiga II*, Beograd, 1973, p. 5.

¹⁷ Невенка Бачанин, *Теорија управног права*, Београд, 1994. p. 57.

¹⁸ Ратко Марковић, *Управно право*, Београд, 2002, p. 247.

¹⁹ *Fisk-us - the state as the owner of the property in a private-legal sense*; Борче Давитковски, Ана Павловска-Данева, *Управни договори*, Скопје, 2009, p. 14.

and bilateral (two-sided) (administrative contracts) acts. As *fisk-us*, the state is equal to ordinary individuals and legal entities. Like all those persons, the state can also be the owner, the creditor and the debtor, it acquires and alienates assets, concludes a contract, can sue and be sued. The acts by which all of them perform in the capacity of the subject of private law are the contracts of private law. Legal disputes arising from the application of the acts of the government fall within the competence of the administrative judiciary, while the ordinary judiciary treats legal disputes arising from the acts of business. Among the acts of the state administration, the main and most important division of legal and material acts. Not all legal acts of the state administration form a state administrative authority. When the state administration bodies adopt executive regulations as general normative legal acts, then they do not perform administrative, but normative authority. Only administrative acts, taken in *sensu stricto* (in a narrow or strict technical or material sense), are the form of performing state administrative power.²⁰ Thus, according to the Code of Administrative Procedures of the Republic of Albania since 1999, the legislator has sanctioned in Article 105 that: “*administrative acts shall be considered only those acts of the public administration bodies that create legal consequences in individual cases*”.²¹ For the conception of the administrative act, it is fundamental that the administrative act is a “classical means of communication of the administration with the citizens”²² and at the same time, the law of the individual case is applied through it, and with it the state administration commits itself to a certain procedure and that its entire action is only the application of that act. From a legal doctrine perspective, the administrative act can be defined as a unilateral declaration of will of a state administrative body that manifests itself on behalf and for the account of the state, producing a certain legal effect with regard to individuals and concrete cases.²³ In fact, the administrative act represents an authoritative decision of the state administrative body with public authorizations in order to cause legal effects in the rights and obligations of the physical and legal persons in the concrete case, in the area of administrative activity.²⁴ As such, the administrative act is a legal instrument for performing the part of the administrative function that consists in deciding in the administrative matters. In addition, the administrative act can be considered in a formal and material viewpoint. The

²⁰ Ратко Марковић, *Управно право*, Београд, 2002, р. 247-248.

²¹ Sokol Sadushi, *Komentar i Kodit të procedurave administrative*, Tiranë, 2001, р. 117.

²² Борче Давитковски, Ана Павловска-Данева, Елена Давитковска, *Нов Закон за општата управна постапка во Република Македонија: од првична идеја до краен исход*, Годишник на Правниот Факултет “Јустиниан Први”, Скопје, 2014, р. 5.

²³ Duško Vrban, *Država i pravo*, Zagreb, 2003, р. 85.

²⁴ Branko Babac, *Upravno pravo*, Osijek, 2004, р. 300.

administrative act in a formal sense is an act of the bodies of the state administration that is adopted in a legal procedure regulated by law. In a substantive sense, the administrative act, given its content represents a declaration of will of the state body or of the legal entity with public authorizations by which the legal regulation in the unilateral manner applies in the concrete case in order to cause direct legal effects in the rights and obligations of individuals or legal entities. In other words, the administrative act in a substantive sense is an individual legal act that determines the disposition that regulates the conduct of the subject of law and against his will.²⁵ Within these treatments for the conceptual determination of the administrative act, relying on and using the above-mentioned legal and theoretical material, one synthetic or integral definition of the administrative act can be approached: the administrative act as an individual legal act should be conceived as a unilateral declaration of will of the authorities of the bodies that perform administrative activity, which are adopted by an administrative procedure determined by law, whereas in the authoritative way in the concrete case the legal regulation is applied in order to create, change or terminate certain legal consequences applied through the free will of the entities to which it concerns or by coercive power of the state. However, when there is ambition, the administrative act is to be molded with a theoretical definition, then in such endeavors the emphasis is usually put on those essential elements that are inherent in every administrative act.²⁶ Important features are those necessary specificities without which the administrative act can not be distinguished from other legal acts.²⁷ By emphasizing the important characteristics of an administrative act acquires a more complete and clear vision for him rather achieves a dual purpose. *Firstly*, by expressing the important features of the administrative act, it is possible to perceive the specificities that the administrative act has as a legal category. *Secondly*, the important features of the administrative act inherent only in that kind of legal acts, allow the separation (differentiation) of the administrative act from other acts of the public administration, which can also be adopted.²⁸ Accordingly, 4 (four) features of the administrative act are important: *first*, the authoritativeness and unilateralism of the administrative act, *second*, the concreteness of the administrative act, *third*, the legal effect of the administrative act; and; *fourth*, legal basis of the administrative act.²⁹

²⁵ *Pravni leksikon*, Zagreb, 2007, p. 1695.

²⁶ Ivo Borković, *Upravno pravo*, Zagreb, 2002, p. 360.

²⁷ Драган Милков, *Управно право II*, Нови Сад, 2011, p. 21.

²⁸ Ivo Krbeč, *Upravni akt*, Zagreb, 1957, Zagreb, p. 7.

²⁹ Velimir Ivančević, *Institucije upravnog prava*, Zagreb, 1983, p. 234.

3. The authoritativeness and unilateralism of the administrative act

It is necessary to determine the significance of authoritativeness as a feature of the administrative act, i.e. to determine what constitutes the authoritative effect of the issuance of administrative acts. Traditionally in the theory of administrative law, the terms “power” and “authority” are used almost as synonyms even though those terms have different content meanings.³⁰ Power signifies the possibility of exercising their will and against the resistance of others, and authority points to such a relationship between individuals in which the psychological effect of the power and the impact of reputation, expertise, goals, the real effect and other “non-forced” values resulting by voluntary acceptance of the decision.³¹ Accordingly, the authoritativeness was a relationship between two parties, in which the proper subject that issue the administrative act uses his powers under the jurisdiction prescribed by the legal norm, acts authoritatively in the administrative-legal relations with stronger will toward the other subjects, which means that in the regulation of the rights and obligations the state administrative apparatus act as *imperium*-the holder/bearer of the authority of power. The will of the bearer of the administrative act is a determinative factor, sanctioned by the use of coercion in case of involuntary execution of the administrative act by the subject to which it is addressed.³² Within the administrative function of issuing administrative acts, the most characteristic group of matters from the “authoritative” character is precisely the administrative act as a legal expression of the subordination of the will to the addressee of the act of the will of the subject adopter *in concreto*. Thus, authoritativeness is the primary feature of the administrative act. This arises from the fact that the administrative act is enacted by the authority empowered to decide on a certain right or obligation, and thus deciding the body legally expresses its supremacy, superiority, dominance, dominant position, “stronger will”, that is, which “imposes” certain obligations or establishes, changes or abolishes the rights of individuals or legal entities.³³ The circumstance that in the administrative act always is expressed that authority is of great value for understanding the process of bringing the state administration under the law, that is, understanding the principle of legality. By applying the principle of legality, the administrative act does not lose its characteristic features, but it acquires the capacity of an instrument for the application of the legal

³⁰ Ivan Matović, *Upravno procesno pravo*, Zagreb, 1969, p. 117; Предраг Димитријевић, *Управно право – Књига 1*, Ниш, 2008, p. 245-246.

³¹ Предраг Димитријевић, *Управно Право – Књига 1*, Ниш, 2008, p. 245-246.

³² Ivan Matović, *Upravno procesno pravo*, Zagreb, 1969, p. 117-118.

³³ Velimir Ivančević, *Institucije upravnog prava*, Zagreb, 1983, p. 237-238; Предраг Димитријевић, *Управно право – Књига Прва*, Ниш, 2008, p. 247.

norms, not the subjective will of the bearer. Behind him stands a politically organized force of society, and not an arbitrary official-individual.³⁴ With the administrative act, the state administrative power orders, permits or prohibits something. The administrative act is passed from the position of the state authority, by the entities that are authorized by law to protect the public interest with a stronger will, i.e. to act as a representative of the authority in relation to the entities to whom the act is addressed. Accordingly, the authoritativeness of the administrative act has the basis, on the one hand, of the state (public) character of the body as the bearer of the act, i.e. in the position of the administration in the structural organization and the mechanism of state power, as well as in the authority (competence) of the administration to decide on certain rights and obligations. Administrative acts *stricto sensu* originate from the organs of the state administrative authority (bearing in mind also the non-state entities that exercise power - public authorizations), and with their passing, they perform an administrative function. This constitutes the formal side of authoritativeness because the authority of the administrative act is grounded on its bearers and the sources of authority for its adoption. However, authoritativeness lies in the very way (the method) to which the administrative act is adopted, i.e. the imposition of the obligation and the establishment of rights - the method of domination (of one-sidedness). This is the substantive and important side of the authoritativeness of administrative decision making with the adoption of the administrative act.³⁵ Although, there is an exception when authority can not be taken as an important component of the administrative act, although in some cases it appears as its characteristic. Such is the case when constitutive administrative acts that cause unfavorable legal consequences - they impose a burden; determine obligations (binding or onerous administrative acts). So, the onerous (burdening) administrative acts are those acts that impose a certain obligation on the party (for example, the obligation to pay tax). In addition, with this type of constitutive administrative acts, certain prohibitions are also imposed (for example, a ban on the sale of an artistic painting proclaimed a cultural monument), an action is required (e.g., eviction from the apartment) or patience (restraint, abstinence) (for example, prohibition of discharges of waste that pollute the environment, an obligation to build devices that reduce pollution). On the other hand, administrative acts that cause favorable legal consequences - rights are recognized, but the authority is not visible, because the stronger will and coercion are not needed when the party submitting a request starts an administrative procedure and in

³⁴ Лаза Костић, *Административно право Краљевине Југославије*, II, Београд, 1933, р. 329.

³⁵ Предраг Димитријевић, *Управно право – Књига 1*, Ниш, 2008, р. 247-248.

that case it is decided in accordance with its application (so-called favorable administrative acts). Authoritative (favorable) constitutive administrative acts are characterized by the fact that the addressee of the act receives some right that he did not have before, as well as the possibility to exercise this right (for example, awarding a concession for performing a broadcasting activity). In that group of administrative acts, the acts on which a certain legal basis is based (for example, the decision for admission into citizenship on the basis of naturalization) are also included. While the authoritative administrative acts are made upon request of the person benefiting from such acts, the binding administrative acts shall be adopted *ex officio*, i.e. on the initiative of the body itself or on the proposal of a third person that is interested in the adoption of that administrative act.³⁶ Therefore, authoritativeness is most strongly reflected through execution, i.e. the ability of the authority to force the party to fulfill its obligations. The authority articulates the method of regulating a particular legal relationship, and the possibility of its realization through the assistance of state coercion. For the authoritativeness nature, the will of one side of the relationship is important - the organ is decisive. But this is not an expression of the will of the public official, because they are not his private acts. In other words, in the manifestation of the will of the public administration body of the administrative act, it is not the personal will of the respective civil servant, but for the will he has declared as a state body; therefore, his subjective internal will is not decisive in a psychological sense that can be quite another, but the will of the organ as the executor of the legal order.³⁷ The holder of a certain public function within the public administration body does not act in its own name and for its own account, but it is only a subject of competence, and the administrative-legal relationship is established between the state and the party.³⁸

From the capacity of the authority of the administrative act, its compulsion arises, that is, the duty of every administrative act in force to be considered as legally valid and to be upheld. The obligatory nature of the administrative act means the compulsory nature of the dispositive (the part of the act in which the administrative-legal matter is decided), and not the rest of its parts, for example, the rationale. This is because the specific administrative-legal relationship for the subjects of the administrative act is created, changed or is extinguished through the dispositive. The discretion of the decision contains the expression of the will of the public administration

³⁶ Ivo Borković, *Upravno pravo*, Zagreb, 2002, p. 368-369; Славољуб Поповић, Милан Петровић, *Управно право*, Ниш, 2011, p. 174.

³⁷ Mihajlo Lanović, *Uvod u pravne nauke*, Zagreb, 1942, p. 113.

³⁸ Драган Милков, *Управно право II*, Нови Сад, 2011, p. 23; Velimir Ivančević, *Institucije upravnog prava*, Zagreb, 1983, p. 237.

body. The dispositive is the most essential element and without it there is no administrative act. Hence, the presumption of legality of the administrative act - until the contrary is proved, the administrative act is considered lawful.³⁹ Thus, the enforcement of the administrative act means that the obligations under that act can be implemented on a forced road and against the will of the addressee of the act. Accordingly, the rule of conduct contained in the administrative act may, in case of need, be exercised with the directly application of state coercion. The administrative act therein *per se* (in itself) is enforceable, and not with the judgment of the court that orders it for its execution, due to the failure to fulfill the obligation from the administrative act. The disposition of the administrative act is carried out on a forced road, and no sanction for non-fulfillment of the obligation is imposed. This feature of the administrative act is an directly consequence of the nature of state administrative power, which must be carried out quickly and efficiently. Externality of the administrative act means the direction of its action, i.e. the fact that the administrative act refers to entities that are not within the state apparatus or in the internal organizational structure of the issuer of the act. With this, the administrative act differs from the individual authoritative internal administrative acts, which are a command, order or instruction related to the performance of a particular work or activity through which the holders of public functions in the public administration bodies, or other issuers of those acts, are addressed to individuals employed in the relevant authority. In this context, it is necessary to make a distinction between the passing and the execution of the administrative act.⁴⁰ When adopting the administrative act, it is about the constitutional and legal competence of the public administration for the specific prescribed rights and obligations, whereby the execution is an obligation sanctioned by a random enforcement. In the execution it is a voluntary or compulsory exercise of the normative expressed will of the public administration, i.e. for the practical directly implementation of the specific administrative decisions.⁴¹

The authority of the administrative act also adds to its unilateralism/one-sidedness. The unilateral aspect of the administrative act means that one party in the administrative-legal relationship has a legally recognized power to decide on the administrative matter of the other party. In other words, the unilateralism exists when one party in the administrative-legal relationship determines the rights and obligations of the other party. The unilaterality of the administrative act manifests itself in the circumstance that the act itself, its content, and its legal effect (effect) arise as a consequence of the expressed will

³⁹ Ivo Krbek, *Upravni akt*, Zagreb, 1957, Zagreb, p. 46-47.

⁴⁰ Ivo Krbek, *Upravni akt*, Zagreb, 1957, p. 142.

⁴¹ Ibid.

of one subject (one-sided), i.e. the bearer.⁴² In the new theory of administrative law, the unilaterality of the administrative act is taken as its important feature, regardless of the fact whether the act itself was passed *ex officio* or *ex privato*.⁴³ The administrative act as unilateral acts of the government is a unilateral legal obligation. The other party has the right to use the prescribed legal means if it is dissatisfied with the one-sided individual administrative act (right to appeal, right to initiate an administrative dispute, etc.). In such a case, the higher body of the state administration (the other body) may annul the administrative act of the first instance body, and the court in the administrative dispute may annul the final unlawful administrative act.⁴⁴

Authoritativity is a content feature of the administrative act, and the one-sidedness is only its formal manifestation. There are no authoritative acts that would not be simultaneously one-sided, while the other way around is a possibility. There are many acts, especially in the area of civil law, which are one-sided, but without authoritativeness (for example, in case of wills, bill of exchange, renunciation of inheritance, etc.). Therefore, it can be said that the administrative acts are decisively (determinatively) that they are acts that are adopted in the exercise of state power, in which one party exerts a stronger will.⁴⁵

4. Concreteness of the administrative act

The concreteness of the administrative act is also its essential feature. This concreteness goes in two directions. Towards subject matter for which the decision is made (the specific administrative matter) and towards entities for whose rights and obligations is decided by the administrative act (specific addressees of the act), in the administrative matter.⁴⁶ In this connection, the attribute “concreteness” of the administrative act implies an individual legal situation⁴⁷ which is regulated by an individual legal norm containing the administrative act. This means that the legal situation to which the administrative act refers is not permanent and reversible (recurrent), but is one-off and irreversible (unrepeatable), it is actually exhausted by the application

⁴² *Pravni leksikon*, Zagreb, 2007, p. 546.

⁴³ Ivo Borković, *Upravno pravo*, Zagreb, 2002, p. 361.

⁴⁴ Љубомир Секулић, *Основи управног права*, Подгорица, 2004, p. 324.

⁴⁵ Ivan Matović, *Upravno procesno pravo*, Zagreb, 1969, p. 119.

⁴⁶ Ivo Borković, *Administrative Law*, Zagreb, 2002, p. 361.

⁴⁷ It is worth pointing out that the “individual” or “individual” phrases refer to a situation that is individual, one and unrepeatable, and not a number of the subjects of the law that the norm obliges or authorizes with the requirement. - quoted by Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у право*, Београд, 2009, p. 325.

of that case, with which its validity ceases.⁴⁸ In that sense, the actual right or obligation is “consumed” (realized) with the adoption of the administrative act (for example, a person is granted the right to refund funds or a person is determined to pay tax).⁴⁹ With the administrative acts, the rights and obligations of individual subjects are regulated directly and specifically, then it is precisely recognized in the statement what is in question (for example, giving a decision for using a scholarship to a certain person, determining the tax liability of the holder of a particular activity or of the owner of a property, etc.), as well as to which entities it behaves (regardless of how they were designated, nominally exactly - by name, or individually or by certain general features, i.e. in general).⁵⁰ Without the concretisation through the administrative act in the given case, the addressee of the administrative act can not exercise his right nor resign his obligation even though they are foreseen by law. The general legal norm contained in the law can not be executed⁵¹ until it is specified by the administrative act.⁵² Concreteness exists whether it’s about individual or general administrative acts.⁵³ The division of administrative acts of individual and general is done considering the fact whether the administrative act refers to individually determined or indefinite persons. For individual administrative acts, it is characteristic that the person to whom this act refers correctly and nominally (referred to) is specified in that act. For example, a license issued to a particular person for opening a craft work. Also, when the act lists more than one person, it is an individual administrative act. For example, when the competent authority intends to extend the street, it is necessary for each neighboring land to expropriate a part of the land to expand the street. The body will make a decision in which all persons will be listed.⁵⁴ General administrative acts differ from individual acts in that the person (that is, the persons) is not mentioned by name, and that is why it is reminiscent of the

⁴⁸ Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у право*, Београд, 2009, р. 323-326.

⁴⁹ Стеван Лилић, *Управно право*, Београд, 2013, р. 275.

⁵⁰ Ivo Borković, *Управно право*, Zagreb, 2002, р. 361.

⁵¹ The term “execution” is not, theoretically observed, the best to indicate the relationship between the law and the administrative act. To be executed, strictly observed, means to align the factual with the legal situation, so, accordingly, the law can be executed only with material actions, and not with legal acts. With individual legal acts, the law is not enforced, but only applied in a concrete manner. Only then, comes the execution of the administrative act (and therefore indirectly of the law), but always it is done with material actions. The law is implemented with the realistic/factual behavior of the subjects of the law, and with the administrative act it is only applied in practice. - quoted by Драган Милков, *Управно право II*, Нови Сад, 2011, р. 24.

⁵² Предраг Димитријевић, *Управно право – Књига 1*, Ниш, 2008, р. 253-254.

⁵³ Славољуб Поповић, Милан Петровић, *Управно право*, Ниш, 2011, р. 169.

⁵⁴ Mustafa Kamarić, Ibrahim Festić, *Управно право*, Sarajevo, 2004, р. 157.

general normative legal act, where also the persons to whom the act acts are not mentioned by name. However, the legal act of general normative character contains a general legal norm, a rule for an unspecified number of cases, while the general legal act is administrative act, because it contains a legal norm for only one case (fire extinguishing, flood prevention, etc., at a certain time, in a particular area). As an example of the general administrative act, the already mentioned case of land expropriation can be taken. If the persons in the attitude to which the expropriation behaves are not individually indicated, but for example, that the land around the building no. 1-30, then it is not an individual administrative act, but a general administrative act.⁵⁵ Or, as another example of a general administrative act, is the decision to mobilize all men older than 16 years and under the age of 50 who are permanently resident in a particular area in order to eliminate the danger of flooding.⁵⁶

On the basis of the above mentioned elaboration, a clear and generally acceptable conclusion arises that the administrative act is an particular, concrete and usually individual, and not a general, impersonal (abstract) act. The administrative act is always a single act, directed to a certain individual (or a certain circle of individuals), an organization or another legal entity in the concrete case. Namely, the specificity of the administrative act is related to an individual case regulated by an individual legal norm and consequently the administrative act as a concrete act can be individual or general. Consequently, the individuality of the addressee is usually not considered important for the administrative act, since the act must be concrete, not individual. That is exactly the difference between individuality and concreteness. The administrative act can refer not only to exactly individual individuals, but also to persons who are not precisely certain but are “determinable”. Then the act touches a relative wide circle of individuals that is not specified, but is determinable, since these individuals can be separately determined according to some common standards/features contained in the administrative act itself.⁵⁷

5. Legal effect of the administrative act

The legal effect of the administrative act consists in its eligibility to be directly applied, i.e. to produce legal consequences, consisting in the creation, alteration or termination of certain rights and obligations for the entities to which the administrative act applies.⁵⁸ In this sense, the decision in the administrative act directly produces legal effects in individual legal

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Невенка Бачанин, *Управно право*, Крагујевац, 2000, p. 273.

⁵⁷ For more, see: Branko Babac, *Управно право*, Osijek, 2004, p. 317-322.

⁵⁸ Љубомир Секулић, *Основи управног права*, Подгорица, 2004, p. 324.

situations, whether to establish/constitute (for example, recognizing the right to a disability pension, or determining the tax liability), either to change them (for example, extending the rights to disability pension or reducing the tax liability), either abolishing them (eg abolishing the right to a disability pension or abolishing the obligation to pay tax)⁵⁹ or to determine/conclude that in the concrete case the legal conditions are met, i.e. that there is a real/factual situation foreseen by the law and therefore, pursuant to the direct application of law governing the appropriate administrative field, a certain legal situation (for example, every citizen who has attained the age of eighteen years has the right to vote and be elected) must occur. Furthermore, the administrative act relying on the fact that it is characterized by a legal effect, i.e. that it contains a legal norm, a rule of conduct, in fact, is fundamentally different from the material act that does not contain a legal norm, but consists in performing the actions/operations, in a behavior that is regulated by the legal norm. In terms relating to material actions, it is necessary to emphasize in parallel the directness of the effects and their legal character, especially since many actions have an direct factual effect (for example, the demolition of unlawfully constructed building, unlike the receipt of the submission to the party in the register of administrative cases, which has an indirect consequence of the later assessment whether the submission related to the deadline really arrived within the deadline). A common feature of the administrative act and the material operation is that both are factual activities and as such produce factual consequences, but only the administrative act produces direct legal effects.⁶⁰ Accordingly, the material act is only the execution, the realization in the external, objective world of the legal norm of a single administrative act.⁶¹ Regarding the beginning of the legal effects of the administrative act, there is a difference in relation to the general-normative legal acts that enter into force after the expiration of a certain delayed time limit (*vacatio legis*). Unlike general-normative legal acts, the administrative act comes into force after the party's notification (announcement). It is particularly necessary to keep in mind that the administrative act begins to act towards its bearer sometime earlier than to the parties. While the parties and other participants begin to act from the moment of the duly delivery of the act to the addressee, while towards its bearer it starts to act from the moment of taking over the administrative act by the authorized person for the purpose of further submission. An exception to this rule is the oral act as an informal act (conclusion, and a decision exceptional) that begins to act with the notification, at the same time, *vis-*

⁵⁹ Стеван Лиличић, *Управно право*, Београд, 2013, р. 278. Славољуб Поповић, Милан Петровић, *Управно право*, Ниш, 2011, р. 169.

⁶⁰ Velimir Ivančević, *Institucije upravnog prava*, Zagreb, 1983, р. 245-246.

⁶¹ Branko Babac, *Управно право*, Osijek, 2004, р. 330.

à-vis the party, the body and other participants in the procedure, under the requirement they to be present.⁶²

6. Legal foundation of the administrative act

The connectivity of the administrative act for the law is a consequence of the implementation of the principle of legality of the work of the public administration, that is, the subordination of the public administration to the law, and that process has developed in the state of law. One of the most important reasons for implementing the principle of legality of the work of the public administration was undoubtedly of a political nature. The previous arbitrary public administration should substitute the public administration that will be the “enforcer” of the law.⁶³ The law foundation, as a feature of the administrative act, stems from the circumstances that the issuance of the administrative act is possible only if there is a legal basis for this. The foundation in law is the application of the legal principle of legality in the adoption of administrative acts, that is, the rule that the administrative act must be adopted not only on the basis of a law, but also within the framework of the powers determined by law. On the other hand, the law foundation means that an administrative act that is not passed on the basis of a law is unlawful, and as such must be removed from the legal order.⁶⁴ Namely, the foundation in law means that the administrative act has been adopted in a legally conducted procedure (formal-procedural legality), with the application of the substantive content regulation of the established factual situation (substantive legality). So, the administrative act is legally defined in both formal and substantive terms. In a procedural sense, it is issued by the authorized body of the public administration, according to the rules of the appropriate legal procedure, and in the prescribed form. In a substantive viewpoint, the administrative act is always based on the applicable legal regulation whose norm is applied in the given case. It is dealing with the total legal connection of the bearer of the act, not only in a formal-procedural, but also in a substantive sense based on the established factual situation. By contrast, in the case of a partial legal connection, the bearer of the administrative act in relation to the content of the act at its disposal is allowed by legal regulations «discretionary powers». The body chooses, accordingly the legal authorization and within the legal framework, an optimal and suitable legal solution in terms of the application of the substantive legal regulation in the individual situation.⁶⁵ The difference

⁶² Velimir Ivančević, *Institucije upravnog prava*, Zagreb, 1983, p. 249.

⁶³ Драган Милков, *Управно право II*, Нови Сад, 2011, p. 23.

⁶⁴ Стеван Лилић, *Управно право*, Београд, 2013, p. 278.

⁶⁵ Zoran Tomić, *Opšte upravno pravo*, Београд, 2011, p. 197.

between legally binding administrative acts and discretionary administrative acts consists in the fact that binding administrative acts are in formal and substantive correlation with the law, while discretionary administrative acts are only in formal relation to the law, i.e. when they are issued, there is a certain substantive «independence».⁶⁶ The administrative act as a legal act contains an administrative-legal norm that legally exists in the manner it applies in certain spatial, temporal and personal spheres. The content of the administrative act as a concrete «decision» of the public administration is the legal regulation of an administrative matter. Thus, the legal effect of the administrative act arises from the legal effect (of the validity) of the specific individual legal norm that this act contains, which specifies the primary disposition of hierarchical higher legal norms (acts).⁶⁷ Therefore, it can be concluded that in the basis of the law as the primary feature of the administrative act, the connection of the administrative act with the law and the implementation of the principle of legality in the work of the public administration is strongly fulfilled, which does not exclude these situations, that is when the bearer of the administrative act decides according to the discretionary assessment. Only (solely) with the administrative act determines the address's behavior, and not by law, because it does not bind directly to a particular case (unless the administrative-legal relationship is based on the force of law-*ex lege*).

Conclusion

Administrative act is a capital legal notion of administrative law as a particular scientific applicative legal discipline. Administrative act represents the legal expression of administrative function as a specific form of state legal function. The genesis of this concept has its origin in the French term *acte administratif* and as such was first developed in France at the beginning of the 19th century. It was later borrowed and transformed into the concept of administrative law in general and the concept of administrative law in the Republic of Northern Macedonia in particular. However, this is not the case in a few countries where the term is not even known today such as the Scandinavian and Anglo-Saxon countries. The administrative act is a particular, inherent, or typical form of a public administration's legal action. In fact, administrative acts are the basic type of individual legal acts issued by public administration in the exercise of administrative activity. An administrative act

⁶⁶ Ivo Krbek, *Diskreciona ocjena*, Zagreb, 1937, p. 296; Damir Aviani, *Diskrecijska ocjena u upravnom prava nekih evropskih države evropske unije*, Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu, br. 1-2, Split, 1998, p. 177-196.

⁶⁷ Предраг Димитријевић, *Управно право – Књига 1*, Ниш, 2008, p. 252.

is defined as a particular legal act of public administration with the abilities of authoritativeness and enforcement. Together these form the basis of law decisions on administrative matters in practice. What the judgment is for the judiciary that is the decision for the public administration. Both with one and the other act expresses only what is legal, and both acts are nothing but the directly application of the general abstract legal norms of the law in concrete cases. As the administration and the judiciary gradually changed in time as two completely separate state-legal functions, the category of administrative acts gained independence in the legal doctrine, both in the legislation and in the judicial practice

Fundamental legal attributes are those necessary specificities without which the administrative act can not be distinguished from other legal acts. By emphasizing the important characteristics of an administrative act acquires a more complete and clear vision for administrative act rather achieves a dual purpose. *Firstly*, by expressing the important features of the administrative act, it is possible to perceive the specificities that the administrative act has as a legal category. *Secondly*, the important features of the administrative act inherent only in that kind of legal acts, allow the separation (differentiation) of the administrative act from other acts of the public administration (administrative regulations, material acts/operations). Accordingly, 4 (four) basic legal attributes constitutes the *differentia specifica* of the administrative act such as they are: *first*, the authoritativeness and unilateralism of the administrative act, *second*, the concreteness of the administrative act, *third*, the legal effect of the administrative act; and; *fourth*, legal foundation of the administrative act.

ПОСТ-РЕПРЕСИВНИ ОПШТЕСТВА: ПРОСТОР ЗА ПРАВДА ИЛИ ПРОСТОР ЗА АМНЕСТИЈА?

UDC: 342.72/.73:321.64]:340.114
Original Research Paper

Апстракт: Падот на репресивните режими секогаш го носи прашањето што да се прави со проблематичното минато, кое произлегува токму од репресивните режими. На крилјата на таквата дилема по Втората светска војна се разви концептот на транзиционата правда, кој смета дека едно општество при транзиција од репресија и тиранија кон мир и демократија има одговорност да се соочи со повредите на човекови права сторени за време на репресивниот режим. Сепак, лесно може да се забележи дека пост-репресивните политички власти реагираат различно кон проблематичното минато. Првенствено, определени пост-репресивни политички елити одлучуваат сторените повреди на човекови права во минатото да ги простат и заборават, додека, пак, други пост-репресивни политички елити одлучуваат со нив да се соочат, да ги казнат и да ги запаметат. Понатаму треба да го имаме во предвид и податокот дека во пост-репресивните општества, кои одлучуваат да се соочат со своето проблематично минато, дополнително се отвораат голем број на прашања. Така, прашањата како, кога, кои и колку механизми на транзиционата правда треба да бидат имплементирани во процесот на соочување со проблематичното минато се прашања, кои секогаш се актуелни во општествата кои имаат желба да се соочат со своето проблематично минато. Во таа насока, очигледно во пост-репресивните општества постојат определени фактори кои влијаат дали, кога и како овие општества ќе се соочат со своето проблематично минато исполнето со сериозни и системски повреди на човекови права. Фактори, кои определуваат дали во пост-репресивните општества ќе има правда или, пак, ќе има амнестија.

* Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје

Клучни зборови: политика, политички систем, демократија, транзиција, лустрација, пост-комунистички држави.

Вовед

Светот во текот на XX – от и XXI – от век имаше искуство со голем број на тоталитарни и репресивни режими. Меѓутоа, светот, исто така, во XX – от и XXI – от век беше често сведок на рушења на таквите репресивни режими. Тоа што може да се заклучи од сите овие искуства е дека падот на репресивните режими секогаш го носи прашањето што да се прави со проблематичното минато, кое произлегува токму од репресивните режими. На крилјата на таквата дилема по Втората светска војна се разви концептот на транзиционата правда, кој смета дека едно општество при транзиција од конфликт и репресија кон мир и демократија има одговорност да се соочи со повредите на човекови права сторени за време на конфликтот односно репресивниот режим. Сепак, лесно може да се забележи дека пост-репресивните политички власти реагираат различно кон проблематичното минато. Првенствено, определени пост-репресивни политички елити одлучуваат сторените повреди на човекови права во минатото да ги простат и забораат, додека, пак, други пост-репресивни политички елити одлучуваат со нив да се соочат, да ги казнат и да ги запаметат. Понатаму треба да го имаме во предвид и податокот дека во пост-репресивните општества, кои одлучуваат да се соочат со своето проблематично минато, дополнително се отвораат голем број на прашања. Така, прашањата како, кога, кои и колку механизми на транзиционата правда треба да бидат имплементирани во процесот на соочување со проблематичното минато се прашања, кои секогаш се актуелни во општествата кои имаат желба да се соочат со своето проблематично минато. Сето ова ни говори дека сликата со примената на концептот на транзиционата правда е доста шаренолика. Во таа насока, очигледно во пост-репресивните општества постојат определени фактори кои влијаат дали, кога и како овие општества ќе се соочат со своето проблематично минато исполнето со сериозни и системски повреди на човекови права.

Во концептот на транзиционата правда долго време доминираше теоријата за рамнотежа на моќта. Ваквата теорија поаѓа од ставот дека рамнотежата на моќта помеѓу старите и новите политички елити ја определува судбината на транзиционата правда во пост-репресивните општества. Според оваа теорија, инсистирањето на новите политички елити на правда и одговорност за сторените злосторства во минатото во состојба кога старите политички елити се уште имаат моќ би било

еднакво на нивно самоубиство.¹ Во вакви состојби треба да се има во предвид дека инсистирањето на правда и одговорност може да предизвика претходните политички елити (кои се уште поседуваат моќ) да се почувствуваат загрозени и поради тоа да се одлучат кон спроведување на државен удар или, пак, почеток на нов воен конфликт. Затоа, оваа теорија потенцира дека во транзиционите општества каде што претходните политички елити се уште поседуваат моќ многу често имплементирањето на транзиционата правда е невозможна мисија заради страв од нестабилност и нови конфликти. Тргувајќи од оваа претпоставка, Хантингтон ќе заклучи дека процесот на соочување со проблематичното минато во транзиционите општества или доаѓа брзо по промените или, пак, до таков процес воопшто не доаѓа.² Доколку до процесот на соочување со проблематичното минато не дојде брзо по крајот на репресивниот режим, тогаш тоа ќе претставува сигнал дека старите политички елити се уште поседуваат моќ и се одлучни таквата моќ да ја искористат за да го блокираат спроведувањето на механизмите на транзиционата правда (посебно кривичните судења).

Меѓутоа, веднаш треба да се потенцира дека иако рамнотежата на моќта навистина во транзиционите општества има улога при определувањето на судбината на механизмите на транзиционата правда, сепак постојат и други фактори, кои имаат свое влијание во целата транзиционо-правна приказна. Во таа насока, теоријата за рамнотежа на моќта има проблем да објасни зошто во транзиционите општества често доаѓа до потрага по правда и одговорност со големо временско задоцнување. Инсистирањето само на теоријата за рамнотежа на моќта како фактор може да не одведе до нецелосни и погрешни заклучоци. Очигледно врз одлуката дали, кога и како ќе се применат механизмите на транзиционата правда влијаат голем број на фактори. Затоа, одиме подетално да ги погледнеме тие фактори.

1. Природа и генеза на репресивниот режим како фактор

Кога се говори за влијанието и улогата на природата и генезата на репресивниот режим врз имплементирањето на транзиционата правда во едно пост-репресивно општество треба да се има во предвид дека таквото влијание се остварува на неколку нивоа.

Прво, од голема важност е како доаѓа до настанување на

¹ Stanley Cohen, "State Crimes of Previous Regimes: Knowledge, Accountability, and the Policing the Past," *Law and Social Inquiry* (1995): 35.

² Hun Joon Kim, "Structural determinants of human rights prosecutions after democratic transition," *Journal of Peace Research* Vol. 49 No. 2 (2012): 306.

репресивниот режим. Тука треба да се има во предвид дека односот кон транзиционата правда варира во зависност дали говориме за општества во кои репресивниот режим бил наметнат и зад неговото настанување стоела друга држава или, пак, неговото настанување било поврзано со локалното население и локалните настани.³ Можноста за спроведување на механизмите на транзиционата правда е поголема во транзиционите општества, кои имале искуство со наметнат репресивен режим. Во состојба кога репресивниот режим е наметнат од друга држава тогаш на него воедно се гледа и како на окупација, а дополнително, неговите соработници се перцепираат како предавници. Исто така, ваквите репресивни режими поседуваат многу слаба поврзаност со локалното население. Чувството дека репресивниот режим е тотално странско тело и дека се работи за окупација администрирана од страна на предавници придонесува во транзиционото општество веднаш по падот на репресивниот режим да постои желба и решителност за имплементирање на механизмите на транзиционата правда. Како пример може да ги посочиме Белгија, Франција и Холандија, кои веднаш по завршувањето на Втората светска војна влегоа во процес на соочување со наследството од репресивните режими наметнати од нацистичка Германија.

Сосема е поразлично во состојби кога настанувањето на репресивните режими е поврзано со локалното население и се одвива под палка на локални лидери.⁴ Така, функционирањето на репресивниот режим подразбира поголема негова институционализираност, но и вклученост на поголем број припадници на локалното население во неговото администрирање. Таквата локална компонента на репресивниот режим ја намалува можноста за имплементирање на транзиционата правда по падот на репресивниот режим. Дополнително, во таквите ситуации е многу тешко во општеството да биде направена јасна поделба на работите на црно и бело (лошо и добро). Неможноста во транзиционото општество да се повлече јасна линија меѓу лошото и доброто дополнително влијае негативно врз решителноста за имплементирање на транзиционата правда.⁵

Второ, степенот на тоталитарноста и репресивноста на претходниот репресивен режим, како и неговата перцепција од страна на пошироката јавност, исто така, играат голема улога во определувањето на односот на новите политички елити кон наследството од претходниот репресивен

³ Tomas Besak, "An Explanation of the Adoption Timing and Severity of Lustration in Central and Eastern Europe," *Rational choice theory and applications to political science* (2010): 6.

⁴ Ibid

⁵ Cohen, "State Crimes of Previous Regimes," 33.

режим. Примената на механизмите на транзиционата правда е пропорционална со степенот на злосторствата на претходниот репресивен режим.⁶ Во транзиционите општества, кои имале искуство со брутално репресивни режими постои поголема желба и одлучност за имплементирање на механизмите на транзиционата правда. Поголемиот степен на репресивност и тоталитарност воедно подразбира дека за време на репресивниот режим биле сторени ужасни злосторства врз голем број на индивидуи. Колку злосторствата на репресивниот режим се поголеми и пострашни толку е помала можноста општеството по падот на таквиот режим да молчи и да го сврти погледот од сторените злосторства. Дополнително, спроведувањето на злосторствата врз поголем број на индивидуи воедно ќе значи дека по падот на репресивниот режим, поголем број на луѓе ќе вршат притисок за спроведување на механизмите на транзиционата правда. Тешко ќе може транзиционото општество да остане немо доколку злосторствата на претходниот репресивен режим се големи и се широко распространите низ целото општество. Во таа насока, како пример може да ги посочиме државите од Јужна Америка кои во текот на втората половина на XX – от век имаа искуство со брутални воени диктатури. Таквиот степен на бруталност предизвикува и денес, после 30 години од падот на воените диктатури, во овие држави се уште да постои желбата за кривично гонење на сторителите на злосторства во текот на воените диктатури.

Од друга страна, постои опасност механизмите на транзиционата правда да изостанат од транзиционите општества доколку претходниот режим не бил изразено репресивен и доколку при своето делување се потпираше на суптилни форми на притисок врз мал број на индивидуи. Дополнително, можностите за имплементирање на механизмите на транзиционата правда драстично се намалуваат доколку во транзиционото општество постои определена наклонетост и носталгија кон претходниот репресивен режим. Определени репресивни режими успеваат да понудат квалитетни социјални, образовни и здравствени услуги. Преку тоа, ваквите репресивни режими успеваат да ја придобијат наклонетоста на локалното население и да ја маскираат својата репресивност.⁷ Сосема за очекување е дека механизмите на транзиционата правда може да бидат заобиколени во состојба кога во транзиционото општество не постои свесност за репресивноста на претходниот режим и кога кон таквиот

⁶ Christine Bell, "Contending with the Past: Transitional Justice and Political Settlement Processes," in *Justice Mosaics: How Context Shapes Transitional Justice in Fractured Societies* ed. Roger Duthie and Paul Seils (New York: ICTJ, 2017), 106.

⁷ Luc Huyse, "Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past," *Law and Social Inquiry* No. 51 (1995):72.

репресивен режим се гледа со определен степен на наклонетост и носталгија.

Трето, временското траење на репресивниот режим, исто така, игра голема улога во определувањето на односот на новите политички елити кон проблематичното минато. Во таа насока, најголем број од теоретичарите сметаат дека шансите за имплементирање на механизмите на транзиционата правда се далеку помали во транзиционите општества, кои имале искуство со временски подолготраен репресивниот режим. Така, во општествата каде што репресивниот режим функционираше со децении голема е веројатноста дека таквиот режим имал доволно време за да воспостави систем со кој ќе се вкорени во државните институции, но и пошироко во општеството.⁸ Долготрајноста ќе значи дека со децении во државните институции се вработувале луѓе според критериуми воспоставени од страна на репресивниот режим. Треба да имаме во предвид дека во репресивните режими најчесто вработувањето и напредокот во државните институции биле/се врзани за лојалност и сервилност кон партијата, хунтата, воените лидери, диктаторите, а не кон правото.⁹ Така, долгото време на делување на репресивниот режим ќе овозможи таквиот режим целосно да ги поклопи државните институции. Покрај ставањето на институциите целосно под своја контрола треба да се има во предвид дека силно институционализираниот репресивен режим ќе поседува и капацитет да го слабее цивилното општество и да ја наметне својата идеологија меѓу индивидуите во општеството.¹⁰ Сето тоа, ќе доведе по падот на репресивниот режим државните институции да немаат волја да ги имплементираат механизмите на транзиционата правда, а воедно таквото отсуство на волја да не биде дочекано со револт и бунтување од страна на пошироката јавност во транзиционото општество. Практично должината на репресивниот режим ќе ги уништи актерите, кои би требало во нормални околности да инсистираат на примена на механизмите на транзиционата правда.

Од друга страна, пак, во транзиционите општества кои имале искуство со репресивен режим кој траел релативно кратко може да очекуваме по неговиот пад да дојде до спроведување на механизмите

⁸ Alex Hadenius and Jan Teorell, "Authoritarian Regimes: Stability, Change and Pathways to Democracy, 1972-2003," 4 https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/331_0.pdf

⁹ Pdraig McAuliffem, "Hybrid Tribunals at Ten: How International Criminal Justice's Golden Child became an Orphan," *Journal of International Law and International Relations* Vol. 7 (2011): 9.

¹⁰ Tricia D. Olsen et. Al., *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy* (Washington: United States Institute of Peace, 2010), 43.

на транзиционата правда бидејќи краткото времетраење на претходниот репресивен режим воедно ќе значи дека таквиот режим немал доволно време и простор да ги вкорени во општеството неговиот начин на функционирање и неговата политичка и правна култура.¹¹

Четврто, треба да се има во предвид и податокот кога временски се случиле повредите на човековите права во репресивниот режим. Врз односот на новите политички елити кон репресивното минато улога има и прашањето дали злосторствата временски се случиле блиску до крахот на репресивниот режим или, пак, меѓу нив постои голема временска дистанца. Во транзиционите општества во кои сторените злосторства се случиле многу години пред започнувањето на транзицијата од репресивен режим кон демократија, може да се очекува да изостане примената на механизмите на транзиционата правда.¹² Во состојба кога повредите на човекови права се временски далеку од крахот на репресивниот режим постои голема веројатност дека притисокот за имплементирање на транзиционата правда ќе биде помал бидејќи во голем број случаи жртвите и сторителите на повредите на човековите права или се во длабока старост или, пак, се починати, а општеството практично и ги заборавило сторените злосторства. Дополнително, временската дистанца и технички ја оневозможува примената на транзиционата правда. Така, доколку повредите на човековите права се случиле пред многу години, тогаш општеството ќе има проблем да определи што точно се случило во минатото. Пристапот до докази, сведоци, изјави, жртви и сторители е многу отежнат кога злосторствата, кои се истражуваат се случиле пред многу години.¹³ Поради тоа и можноста за имплементирање на механизмите на транзиционата правда драстично се намалува кога злосторствата на претходниот репресивен режим се временски многу далеку од периодот на транзиција кон мир и демократија.

Од друга страна, во состојба кога злосторства се сторени временски блиску до крахот на репресивниот режим тогаш сеќавањата за нив се свежи, револтот во општеството е голем, желбата за правда и одговорност е актуелна, а дополнително, техничките можности за спроведување на транзиционата правда се присутни (лесен пристап до докази, сведоци, изјави, жртви, сторители). Сето тоа, ќе влијае позитивно врз решителноста на транзиционото општество за спроведување на механизмите на транзиционата правда.

¹¹ Huyse, "Justice after Transition," 73.

¹² Olsen et. Al., *Transitional Justice in Balance*, 44.

¹³ Diba Majzub, "Peace or Justice? Amnesties and the International Criminal Court," *Melbourne Journal of International Law* Vol. 3 (2002): 259.

2. Начинот на уривање на репресивниот режим како фактор

Уривањето и напуштањето на еден репресивен режим може да се одвива на неколку начини. Во таа насока, за да може да се изврши анализа како начинот на уривање на репресивниот режим влијае врз имплементирањето на транзиционата правда во едно транзиционо општество, првенствено е потребно да се види какви начини на уривање и напуштање на репресивни режими постојат и што влијае по кој пат ќе тргне едно општество во процесот на уривање на еден репресивен режим. Таквите податоци ќе ни овозможат да согледаме подетално како начинот на уривање на репресивниот режим влијае врз имплементирањето на механизмите на транзиционата правда.

Кога станува збор за репресивни режими треба да имаме во предвид дека нивното уривање и напуштање може да се случи преку неколку начини и тоа: по пат на прекин со минатото (насилен или преку колабирање на самиот репресивен режим), по пат на преговори меѓу претходните и новите политички власти и по пат на трансформирање на постојниот режим во демократски систем од страна на самите репресивни политички елити.¹⁴ Најчесто моќта на репресивните политички елити го определува начинот како во едно општество ќе дојде до уривање и напуштање на репресивниот режим. Во таа насока, уривањето на репресивниот режим преку прекин со минатото е реалност во општествата во кои претходните политички елити веќе немаат значителна политичка моќ. Губењето на политичката моќ на репресивниот режим може да дојде како последица на сопствен политички и економски колапс или, пак, по насилен пат преку спроведување на револуција од страна на тогашната опозиција. Без разлика дали станува збор за сопствен колапс или, пак, за пад преку насилна револуција, во вакви состојби промените се одвиваат брзо, а уривањето на претходниот репресивен режим е следен воедно и со уништување на неговата политичка основа.¹⁵ Сето тоа е возможно токму поради слабата позиција на претходните политички елити. Така, слободно може да заклучиме дека постои голема веројатност механизмите на транзиционата правда да бидат имплементирани во транзиционите општества каде што репресивниот режим самостојно доживува целосен колапс или, пак, е јасно победен преку спроведување на револуција од страна на тогашната опозиција.¹⁶ Во вакви ситуации,

¹⁴ Noel Calhoun, *Dilemmas of Justice in Eastern Europe's Democratic Transitions* (New York: Palgrave Macmillan, 2004), 14.

¹⁵ Brian Grodsky, "Re-Ordering Justice: Toward A New Methodological Approach to Studying Transitional Justice," *Journal of Peace Research* Vol. 46 No. 6 (2009): 821.

¹⁶ Olsen et. Al., *Transitional Justice in Balance*, 46.

имплементирањето на механизмите на транзиционата правда е возможно бидејќи претходните репресивни политички елити немаат капацитет и моќ да го спречат имплементирањето на механизмите на транзиционата правда.

Од друга страна, постои голема можност механизмите на транзиционата правда да изостанат во едно транзиционо општество доколку уривањето на репресивниот режим се одвива по пат на преговори или, пак, по пат на трансформација.¹⁷ Тоа е така бидејќи и во двата случаи претходните репресивни власти се уште поседуваат голема политичка моќ. Таквата политичка моќ ќе им овозможи на репресивните политички елити да го спречат спроведувањето на транзиционата правда во пост-репресивниот период. Во ваквите ситуации промените одат бавно, а на иницијативите за спроведување на механизмите на транзиционата правда се гледа како на загрозување и опасност за позициите на силите лојални на претходниот репресивен режим. Треба да се има во предвид дека шансите за спроведување на механизмите на транзиционата правда се најмалы во општествата, кои имаат искуство со уривање и напуштање на претходниот репресивен режим преку трансформација. Во ваквиот начин самите репресивни политички елити се обидуваат да го трансформираат репресивниот режим во демократски систем. Податокот дека промената на репресивниот режим се одвива директно под палката на претходните репресивни елити е сигнал дека таквите елити се уште го поседуваат главниот дел од политичката и општествена моќ. Дополнително, доколку трансформацијата успее, тогаш во новиот демократски систем може да се очекува состојба во која претходните политички елити ќе бидат воедно и нови политички елити. Во таа насока, сосема нелогично е да се очекува дека старо-новите политички елити би влегле во процес на имплементирање на механизмите на транзиционата правда. Тоа би значело дека би требало самите себе да се подведат под ефектите на механизмите на транзиционата правда што практично нема никаква политичка логика. Затоа, сосема за очекување е дека примената на механизмите на транзиционата правда целосно ќе изостане во општествата, кои процесот на уривање и напуштање на репресивниот режим го прават по пат на негова трансформација.

Состојбата не е ништо подобра и во општествата во кои уривањето и напуштањето на репресивниот режим се спроведува преку преговори и договори на старите и новите политички власти. Уривањето на репресивните режими по пат на договори и преговори ни укажува дека репресивните политички елити се уште поседуваат моќ во тоа општество.

¹⁷ Calhoun, *Dilemmas of Justice in Eastern Europe's Democratic Transitions*, 15.

Токму нивната моќ е причината за преговори бидејќи преку неа таквите политички елити поседуваат капацитет да го втурнат општеството во судири и конфликти. И така, во состојба кога нивната моќ е намалена, но се уште значителна, репресивните политички елити ќе бараат начин како да ја попречат транзициската правда бидејќи се свесни дека доколку дојде до неа тие ќе треба да одговараат за своите злосторства. Оттука борејќи се за својата глава овие сили ќе ја искористат секоја карта во рака која ја поседуваат, па дури и иницирање на конфликт, со цел да дојдат до преговори во кои ќе се откажат од својата моќ, но под услов во периодот на транзицијата да не бидат гонети. Практично повторно моќта на претходните политички елити ќе доведе до блокирање на имплементацијата на механизмите на транзиционата правда во засегнатото пост-репресивно општество. Примерот од Чиле и говорот на Пиноче дека мирот ќе биде загрозен доколку недостасува и едно влакно од главата на неговите војници е најдобриот показател со какви проблеми се соочува концептот на транзиционата правда во општества каде што промената на репресивниот режим се одвива преку преговори.

3. Влијанието на меѓународната заедница како фактор при имплементирањето на механизмите на транзиционата правда во пост-репресивни општества

Природата, позадината и начинот на уривање на репресивниот режим, односно завршување на воениот конфликт имаат голема улога врз определувањето на односот на пост-репресивните политички власти кон проблематичното минато. Најчесто при анализа на овие фактори во позадина се крие познатата теорија за рамнотежа на моќта на старите и новите политички елити. Теоретичарите, кои ја поддржуваат теоријата за рамнотежа на моќта воедно сметаат дека природата, позадината и начинот на уривање на репресивниот режим се најважните фактори кои влијаат врз односот на новите политички елити кон проблематичното минато. Сепак, треба да се има во предвид дека овие фактори како и теоријата за рамнотежа на моќта се фокусираат исклучиво на домашната политика и го игнорираат влијанието на меѓународната заедница.¹⁸ Игнорирањето на влијанието на меѓународната заедница може да не одведе до целосно погрешни заклучоци околу примената на транзиционата правда. Треба да се има во предвид дека концептот на транзиционата правда е природно врзан за меѓународната заедница и меѓународното право бидејќи токму

¹⁸ Kim, "Structural determinants of human rights prosecutions after democratic transition," 307.

под влијание на меѓународната заедница беа спроведени судењата во Нирнберг и Токио, кои се сметаат за камен-темелник на концептот на транзиционата правда. Во таа насока, постојат голем број на теоретичари кои не само што сметаат дека игнорирањето на меѓународната компонента може да не одведе до погрешни заклучоци туку сметаат дека влијанието на меѓународната заедница претставува клучен фактор во објаснувањето кога и како се имплементираат механизмите на транзиционата правда.¹⁹ Таквото тврдење овие теоретичари го бранат на неколку нивоа.

Прво, треба да се има во предвид дека и самиот концепт на транзиционата правда е создаден и развиен под големо влијание на меѓународната заедница. Покрај улогата на судењата во Нирнберг и Токио треба да се има во предвид дека под влијание на меѓународната заедница беа донесени голем број на меѓународни конвенции и договори, кои придонесоа денес во светот да се смета дека примената на безусловните амнести и е забранета²⁰ и дека државите доколку станува збор за воени злосторства, геноциди и злосторства против човештвото имаат обврска да обезбедат правда, одговорност, репарации и вистина за жртвите.²¹ Развојот на меѓународното право и притисокот на меѓународната заедница придонесоа денес од државите да се очекува во борбата со нивното проблематично минато исполнето со повреди на човекови права да пристапат кон примена на механизмите на транзиционата правда. Големите број на меѓународни документи и конвенции го налага таквиот став врз државите. На крилјата на меѓународното право понатаму голем број на меѓународни владини и невладини организации вршат притисок за имплементирање на механизмите на транзиционата правда. Тука посебно треба да се истакне улогата на Обединетите нации. Исто така, треба да се земе во предвид улогата на различните меѓународни судови. Ваквите судови извршија голема улога во развивањето на идејата дека државите имаат обврска да обезбедат правда, вистина, репарации и одговорност за жртвите на репресивните режими. Таква улога во овој процес имаа и се уште имаат Европскиот суд за човекови права и Афричкиот суд за човекови права. Сепак, посебно треба да се истакне улогата на Интер-американскиот суд за човекови права, кој преку низа пресуди придонесе за уривање на голем број амнести во државите од Јужна Америка²² и

¹⁹ Francesca Lessa et. Al., "Overcoming Impunity: Pathways to Accountability in Latin America," *The International Journal of Transitional Justice* Vol. 8 (2014): 83.

²⁰ Christine Bell, "Transitional Justice, Interdisciplinary and the State of the 'Field' or 'Non-Field'," *The International Journal of Transitional Justice* Vol. 3 (2009): 16.

²¹ Ranyta Yusran, "The Implementation of Transitional Justice in Post-Conflict Situations: Case Study of Aceh and Papua" (Master thesis, Lund University, 2007), 67.

²² Christina Binder, "Introduction to the Concept of Transitional Justice," 12 at <http://www>.

го отвори процесот на трагање по одговорност и правда во овие држави во период кога оптимизмот дека може да дојде до тоа беше сведен на минимум.

Второ, на ваквата улога на меѓународните конвенции и нивните судови како и влијанието на меѓународните владини и невладини организации, може да го додадеме и креирањето на Меѓународниот кривичен суд. Ваквиот суд претставува кулминација на меѓународната кривична правда. Формирањето и постоењето на Меѓународниот кривичен суд ја стеснува можноста на сторителите на повреди на човекови права да ја избегнат правдата и одговорноста. Од една страна, стравот дека доколку домашните судови не реагираат против повредите на човековите права може да доведе до активирање на Меѓународниот кривичен суд придонесува домашниот правосуден систем да трага по одговорност која инаку не би се случила.²³ Така, практично постоењето на Меѓународниот кривичен суд претставува притисок врз домашните политички елити да влезат во процес на имплементирање на механизмите на транзиционата правда. Меѓутоа, дури и до тоа да не дојде, можноста на Меѓународниот кривичен суд да реагира во состојба кога домашниот правосуден систем нема волја или, пак, нема капацитет да преземе кривично гонење на сторителите на повреди на човекови права, придонесува за имплементирањето на транзиционата правда во засегнатото општество. Покрај тоа што самиот Меѓународен кривичен суд е алатка на транзиционата правда, дополнително, сосема за очекување е дека активностите на Меѓународниот кривичен суд со тек на време ќе придонесат за активирање и на другите механизми на транзиционата правда во засегнатото општество.

Трето, треба да имаме во предвид дека активната вклученост на меѓународната заедница во уривањето на репресивните режими позитивно влијае врз имплементирањето на механизмите на транзиционата правда во пост-репресивните општества.²⁴ Сосема за очекување е дека меѓународната заедница ќе биде вклучена во процесот на градење и возобновување на пост-репресивното општество доколку истата била активно вклучена и во уривањето на репресивниот режим. Во таа насока, меѓународната заедница ќе инсистира во периодот на транзиција во

bundesheer.at/pdf_pool/publikationen/transitional_justice_sr_11_2013_03_c_binder.pdf

²³ Christine Bell, "The "New Law" of Transitional Justice," in *Studies on Transitional Justice, Peace and Development: The Nuremburg Declaration on Peace and Justice* ed. Kai Ambos (Berlin: Springer, 2009), 118.

²⁴ Laurel E. Fletcher, Harvey M. Weinstein and Jamie Rowen, "Context, Timing and the Dynamics of Transitional Justice: A Historical Perspective," *Human Rights Quarterly* Vol. 31 (2009): 201.

пост-репресивното општество да се утврди правдата, одговорноста и вистината за сторените злосторства. Така, под влијание на меѓународната заедница во процесот на градење на пост-репресивното општество може да очекуваме примена и на механизмите на транзиционата правда со цел преку нив да се изгради стабилно и демократско општество.

Четврто, треба да го имаме во предвид и влијанието на регионот во кој се наоѓа транзиционото општество. Првенствено, имплементирањето на механизмите на транзиционата правда е поверојатно во состојби кога соседните држави се конструктивни и го поддржуваат процесот на соочување со проблематичното минато во транзиционото општество. Во таа насока, поголеми се шансите да очекуваме спроведување на механизмите на транзиционата правда во едно транзиционо општество доколку соседните држави не придонесуваат за дестабилизирање на состојбата во регионот туку преку затворање и контролирање на своите граници, како и преку одлучноста нивните територии да не служат како засолниште за сторителите на повреди на човекови права придонесуваат за постабилен регион посветен на мирот, стабилноста, демократијата и правото.²⁵ Практично доколку сакаме да имаме поуспешно спроведување на концептот на транзиционата правда во едно транзиционо општество потребно е соседните држави да не го отежнуваат процесот на имплементирање на механизмите на транзиционата правда туку да имаат проактивна улога во таквиот процес и преку таквата улога да го стеснат просторот за делување на силите, кои сториле повреди на човекови права. Исто така, треба да имаме во предвид дека искуството од регионот игра голема улога во односот на транзиционите општества кон проблематичното минато исполнето со системски повреди на човекови права. Истражувањата говорат дека одлучноста за спроведување на механизмите на транзиционата правда во едно транзиционо општество се зголемува за дури 4 пати доколку таквите механизми претходно биле користени од соседните земји на таа држава.²⁶ Треба да се има во предвид дека ваквото истражување потенцира дека влијанието на регионот се остварува во состојба кога станува збор за културно слични држави, а не само за држави кои припаѓаат на ист географски регион. Така, ваквото истражување ја потврдува тезата дека притисокот за спроведување на концептот на транзиционата правда е далеку поголем во транзиционите општества кои се опколени со држави во кои се применуваат или, пак, биле применувани механизмите на транзиционата правда. Примената на

²⁵ Andrea Kupfer Schneider, "The Intersection of dispute Systems Design and Transitional Justice," *Harvard Negotiation Law Review* Vol. 14 (2009): 299.

²⁶ Kim, "Structural determinants of human rights prosecutions after democratic transition," 314.

транзиционата правда во една држава претставува притисок за примена на транзиционата правда и во соседните држави. Во вакви состојби искуството лесно се префрла од една држава во друга држава и таквото искуство врши дополнителен притисок за примена на механизмите на транзиционата правда. Тоа е и еден од одговорите зошто во определени региони примената на механизмите на транзиционата правда е голема додека, пак, во други региони таквата примена изостанува. Дополнително, влијанието на искуствата од регионот е еден од одговорите и зошто во определени региони доминираат едни механизми на транзиционата правда, додека, пак во други региони доминираат други механизми на транзиционата правда. Со еден збор, искуството од регионот има големо влијание врз одговорот дали, кога и како едно транзиционо општество ќе влезе во процесот на соочување со своето проблематично минато исполнето со системски и сериозни повреди на човекови права.

4. Влијанието на цивилното општество како фактор при имплементирањето на механизмите на транзиционата правда

Покрај природата, генезата и начинот на уривање на репресивниот режим, како и влијанието на меѓународната заедница, во последните неколку децении како фактор кој влијае врз судбината на транзиционата правда во едно транзиционо општество посебно се потенцира и влијанието на цивилното општество. За голем број на теоретичари токму влијанието на цивилното општество поради неговата информираност, контакти и експертиза во полето на човековите права претставува круцијален фактор, кој го определува односот на новите политички власти кон имплементирањето на механизмите на транзиционата правда во едно транзиционо општество.²⁷ Според овие теоретичари, големиот број на индивидуални активисти и општествени групи составени од жртви, студенти, експерти за човекови права, активисти, синдикати и други невладини организации играат голема улога во создавањето на неопходниот притисок врз политичките елити, кои поради таквиот притисок на крајот ќе мора да го започнат процесот на соочување со проблематичното минато.²⁸ И навистина, тешко дека политичките елити ќе останат неми на сторените злосторства доколку пошироката јавност константно биде потсетувана за сторените злосторства преку експертски дебати, телевизиски емисии, протестни маршови, настани, концерти

²⁷ Haider Huma, "Helpdesk Research Report: Factors Contributing to Transitional Justice Effectiveness," 4 <http://gsdrc.org/docs/open/hd762.pdf>

²⁸ Francesca Lessa et. Al., "Overcoming Impunity: Pathways to Accountability in Latin America," *The International Journal of Transitional Justice* Vol. 8 (2014): 76.

и солидарни активности. Цивилното општество поседува капацитет проблемот со проблематичното минато да го истакне и да го направи видлив за пошироката општествена јавност и преку тоа да придонесе за отстранување на можноста за негово игнорирање. Кога потрагата по правда, одговорност и вистина се артикулира во организирани облици на дејствување тогаш е практично невозможно политичките елити да ги игнорираат механизмите на транзиционата правда. Таквиот притисок врз политичките елити од страна на самите граѓани преставува најсилното оружје во борбата против сторените злосторства. Тука може да го истакнеме примерот, кој доаѓа од Аргентина во кој мајките на лицата кои исчезнале за време на воената диктатура, преку изведување на заеднички маршеви низ градовите во Аргентина успеаја да извршат огромно влијание врз пост-репресивните политичките елити во оваа држава и така да придонесат за отпочнување на имплементирањето на механизмите на транзиционата правда во ова општество. Сето горенаведено може да го потврдиме преку истакнување на податоците на определени истражувања, кои говорат дека во состојба кога во транзиционото општество постои притисок од страна на цивилното општество за утврдување на правда, одговорност и вистина, таквиот притисок резултира со дури 4,3 пати поголема можност за спроведување на механизмите на транзиционата правда.²⁹ Истите истражувања говорат дека доколку таквиот притисок е збогатен со притисок и на меѓународни невладини организации тогаш можноста за спроведување на механизмите на транзиционата правда во едно транзиционо општество се зголемува дури за 10 пати. Според тоа, може да заклучиме дека ваквите истражувања говорат дека од сите фактори, кои досега ги анализираваме токму влијанието на цивилното општество најмногу придонесува за спроведување на механизмите на транзиционата правда.

Важноста на цивилното општество како фактор може да го забележиме и во податокот дека само овој фактор успева да објасни зошто механизмите на транзиционата правда многу често во едно транзиционо општество знаат да дојдат со големо временско задоцнување иако во истото тоа општество нивната примена изостанала на краток рок.

Токму активностите на цивилното општество во едно транзиционо општество се главната причина зошто желбата за трагање по правда и одговорност е присутна и активна во ваквите општества и после многу години од крајот на репресивниот режим.³⁰ Цивилното општество поседува

²⁹ Kim, "Structural determinants of human rights prosecutions after democratic transition," 314.

³⁰ Ruti Teitel, "Editorial Note-Transitional Justice Globalized," *The International Journal of Transitional Justice* Vol. 2 (2008): 4.

капацитет да го одржи во кондиција моментумот за имплементирање на транзиционата правда.³¹ Во состојби кога транзиционата правда поради различни фактори не можела да биде имплементирана на краток рок, токму активностите на цивилното општество придонесуваат сторените злосторства да не останат заборавени на маргините на транзиционото општество. Држејќи ја желбата за правда и одговорност присутна и актуелна во транзиционото општество, во состојби кога другите фактори кои негативно влијаат врз имплементирањето на механизмите на транзиционата правда ќе почнат со тек на време да губат од своето значење, токму притисокот на цивилното општество ќе биде клучен за отпочнување на имплементирањето на транзиционата правда. Затоа, слободно може да заклучиме дека цивилното општество претставува фактор кој врз имплементирањето на транзиционата правда влијае и на краток и на долг рок, но и многу повеќе, цивилното општество претставува фактор кој ја отвора вратата за имплементирање на механизмите на транзиционата правда и во состојби кога таквата правда на кус рок изостанала во засегнатото транзиционо општество.

5. Други фактори кои влијаат врз имплементирањето на механизмите на транзиционата правда

Покрај овие основни фактори, теоријата посветена на транзиционата правда, исто така, истакнува дека постојат и други фактори, кои влијаат врз имплементирањето на механизмите на транзиционата правда.

Така, на пример, честово теоријата посветена на транзиционоправната наука може да се сретне аргументот дека и економската состојба на транзиционите општества игра улога во определувањето на односот на политичките власти кон проблематичното минато. Во таа насока, може да се очекува притисокот за имплементирање на механизмите на транзиционата правда да биде минимален или, пак, целосно да изостане во транзиционите општества кои се соочуваат со висок степен на невработеност и сиромаштија.³² Првенствено треба да се има во предвид дека имплементирањето на механизмите на транзиционата правда претставува скапа работа за спроведување. Посебно имплементирањето на кривичните судења и програмите за репарација подразбираат примена на големи финансиски и човечки капацитети. Затоа, обично кривичните судења и спроведувањето на целосни програми за репарации се

³¹ Pilar Domingo, "Dealing with legacies of violence: transitional justice and government transitions," 6-7 <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/7686.pdf>

³² Olsen et. Al., *Transitional Justice in Balance*, 64.

врзуваат за побогатите транзициони општества. Комисиите за вистина, исто така, претставуваат скап механизам на транзиционата правда, но сепак се далеку поевтини за спроведување во споредба со трошоците за спроведување на кривичните судења и програмите за репарации. Поради тоа, комисиите за вистина се далеку поприватлив механизам за општествата, кои не се сиромашни, но и немаат посебно силни економски резултати. Амнестиите или, пак, игнорирањето на механизмите на транзиционата правда најчесто се врзуваат за сиромашни транзициони општества, кои немаат доволно финансиски и човечки капацитети за администрирање на механизмите на транзиционата правда (со исклучок на амнестиите). Исто така, треба да имаме во предвид дека транзиционите општества во кои царува сиромаштијата и невработеноста најчесто се фокусирани кон решавање на економските и социјалните проблеми. Во ваквите општества домира ставот дека општеството има далеку поважни проблеми за решавање отколку фокусирање кон минатото.³³ Треба да се има во предвид дека во ваквите општества најчесто фокусот е поставен кон решавање на економските, социјалните и инфраструктурните проблеми на засегнатото општество, па поради тоа прашањето за имплементирање на механизмите на транзиционата правда воопшто не се наметнува како актуелно прашање во политичко-општествениот дискурс.

Покрај поврзаноста на економската состојба со имплементирањето на механизмите на транзиционата правда во едно транзиционо општество, исто така, треба да го имаме во предвид и влијанието на претходното демократско искуство на засегнатото транзиционо општество. Така, транзиционите општества кои пред репресивниот режим имале значајно демократско искуство сосема за очекување е дека во периодот на транзицијата ќе поседуваат поголема политичка волја и капацитет за имплементирање на механизмите на транзиционата правда.³⁴ Постоенето на демократско искуство на транзиционото општество е воедно сигнал дека таквото општество во пред-репресивниот период поседувало институции и политичка култура која била поврзана со идеите за човекови права, владеење на право и демократија. Посебно во состојба кога репресивниот режим траел кратко сосема за очекување е дека таквите институции не можеле да бидат целосно уништени од страна на репресивните власти. Во таа насока, може да се очекува дека во вакви состојби по крајот на репресивниот режим токму овие институции ќе бидат локомотивата за имплементирање на механизмите

³³ Grodsky, "Re-Ordering Justice: Toward A New Methodological Approach to Studying Transitional Justice," 831.

³⁴ Olsen et. Al., *Transitional Justice in Balance*, 47.

на транзиционата правда.

Дополнително, треба да имаме во предвид дека веројатноста за имплементирање на механизмите на транзиционата правда е поголема во државите, кои поседуваат бурна политичка историја исполнета со воени и државни удари како и чести воени конфликти.³⁵ Таквиот податок може да го поткрепиме со два аргументи. Првенствено воспоставувањето на механизмите на транзиционата правда во транзиционите општества кои имаат бурна политичка историја преставува начин како новите политички елити да се заштитат и да се пресметаат со силите кои може да го загрожат новиот демократски поредок. На ваквиот аргумент може да го додадеме и аргументот дека доколку државните удари и воените конфликти се повторуваат, а механизмите на транзиционата правда не се применуваат, тоа е знак дека грешките од минатото не се казнуваат и поради тоа истите тие грешки повторно се случуваат во иднината. Тука може да го истакнеме примерот со Холандија, Белгија и Франција во кои отсуството на соочување со соработниците на германскиот окупатор во Првата светска војна придонесе истите тие луѓе да бидат соработници и на нацистичкиот окупатор во Втората светска војна. Поучени од искуството, Холандија, Белгија и Франција по завршувањето на Втората светска војна ги имплементираа механизмите на транзиционата правда со надеж дека нивната примена ќе спречи повторување на сторените злосторства во иднината.

Покрај сите овие фактори, посебно кога станува збор за имплементирање на кривичните судења како механизам на транзиционата правда треба да имаме во предвид дека големо влијание врз нивното имплементирање игра и капацитетот и кредибилитетот на правосудниот систем. Тешко може да очекуваме спроведување на кривични судења доколку транзиционото општество поседува целосно разрушен правосуден систем. Така, треба да имаме во предвид дека во репресивните режими правниот систем е креиран и составен под целосно влијание на репресивните политички власти и поради тоа дури и по промената на режимот правосудниот систем ќе остане лојален на старите политички елити.³⁶ Во вакви ситуации дури и да се преземат судски процеси тие повеќе ќе бидат маска отколку вистинска потрага по правда. Така, во ситуациите каде што институциите и по падот на репресивниот режим се уште се под контрола и влијание на претходните репресивни власти често се случува доколку се започнат судски истраги истите тие со тек на

³⁵ Kim, "Structural determinants of human rights prosecutions after democratic transition," 315.

³⁶ Majzub, "Peace or Justice?," 259.

време да се развлечат и прекинат заради неефикасност и притисоци или, пак, на крајот да резултираат со смешно ниски санкции за сторителите на повреди на човекови права.³⁷ Со таквиот резултат на судските процеси се фрла сомнеж врз целата идеја за правда, одговорност и вистина. Меѓутоа, исто така, треба да имаме во предвид дека дури и најконзервативните и најзависните правосудни системи може да бидат раздвижени од активности на бунтовни судии и обвинители кои преку независно делување ќе притискаат за спроведување на правда и одговорност.³⁸ Во таа насока, треба да ја истакнеме улогата на чиленскиот судија Хуан Гузман, кој преку неговите активности придонесе за заобилување на законот за амнестија во Чиле и со тоа ја отвора вратата за трагање по правда и одговорност за сторените злосторства за време на пиночевата воена диктатура. Исто така, треба да имаме во предвид дека во транзиционите општества со тек на времето сосема за очекување е дека домашниот правосуден систем ќе развие нови генерации на правни практичари, кои ќе го кренат кредибилитетот и капацитетот на целиот правосуден систем.³⁹ Токму таквиот правосуден систем во новонастаната сосотојба ќе има капацитет да ги имплементира кривичните судења како механизам на транзиционата правда. Покрај слабеењето на моќта на претходните политички елити, исто така, развојот на домашниот правосуден систем е еден од одговорите на прашањето зошто во голем дел од транзиционите општества правдата и одговорноста доаѓа со задоцнување иако во истите тие општества нивната примена изостанала на краток рок. Сепак, треба да се има во предвид дека влијанието на цивилното општество е пресудно во ваквите ситуации бидејќи само цивилното општество поседува капацитет да ја одржи присутна и актуелна желбата за правда и одговорност во транзиционите општества. Без разлика што со текот на времето моќта на сторителите на повреди на човекови права ќе се намалува, а капацитетот на правосудниот систем во транзиционото општество ќе се зголемува, сепак, без притисок на цивилното општество сторените злосторства ќе останат заборавени далеку од фокусот на пошироката општествена јавност, а со тоа и примената на механизмите на транзиционата правда ќе остане далеку од реалноста.

³⁷ Cohen, "State Crimes of Previous Regimes," 29.

³⁸ Lessa et. Al., "Overcoming Impunity," 81.

³⁹ Ibid.

Заклучок

Од сето горенаведено може да заклучиме дека во пост-репресивните општества постојат голем број на фактори кои влијаат дали механизмите на транзиционата правда ќе бидат имплементирани или, пак, ќе бидат игнорирани. Во теоријата најчесто кога се говори за овие фактори се потенцира влијанието на природата и генезата на претходниот репресивен режим, како и начинот на уривање на претходниот репресивен режим. Сепак, во последните неколку години транзиционоправната литература почнува да посветува внимание и на други фактори. Така, во последните неколку години во транзиционоправната литература често како фактори кои влијаат врз судбината на транзиционата правда во пост-репресивни општества може да се сретнат и: влијанието на меѓународната заедница, влијанието на цивилното општество, економската состојба на пост-репресивното општество, претходното демократско искуство на пост-репресивното општество, како и капацитетот на правосудниот апарат.

Според тоа, слободно може да заклучиме дека сите фактори имаат свое влијание врз судбината на транзиционата правда во пост-репресивни општества. Во таа насока, при анализа дали во едно пост-репресивно општество ќе има правда, вистина и одговорност или, пак, ќе има амнестија треба да се биде внимателен и да се земат во предвид сите фактори. За жал, реалноста говори дека многу често спроведувањето на правда, одговорност и вистина во пост-репресивни општества е невозможна мисија. Многу често во овие општества факторите кои ја определуваат судбината на транзиционата правда се силно негативни. Посебно тоа може да го констатираме за првите неколку години по крахот на репресивните режими. Таквата констатација може да ја потврдиме и со бројки. Податоците говорат дека во првите четири години од почетокот на транзицијата потрага и имплементирање на правда, одговорност и вистина може да забележиме во само 23 % од транзиционите општества. Таквата бројка е јасен сигнал дека во ваквите општества патот до правда, одговорност и вистина е многу тежок, речиси, невозможен, посебно на кус рок.

Marko Krtolica, PhD

Teaching assistant at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”

University “Ss Cyril and Methodius”– Skopje

marko.krtolica@gmail.com

POST-REPRESSIVE SOCIETIES: SPACE FOR JUSTICE OR SPACE FOR AMNESTY?

Abstract: *The decline of repressive regimes always raises the question of how to deal with the problematic past, which arises precisely from the repressive regimes. On the wings of such a dilemma after the Second World War, the concept of transitional justice developed, according to which a society in its transition from repression and tyranny to peace and democracy, has the responsibility to address legacies of mass violence and human rights violations committed during the repressive regime. However, it can be easily noted that post-repressive political authorities react differently when it comes to dealing with the past. Primarily, certain post-repressive political elites choose to forgive and forget the human rights violations committed in the past in order to move on, while other post-repressive political elites decide not to stay silent, but to face them and make sure they are properly sanctioned. Furthermore, we need to consider the fact that by deciding to deal with their problematic past, a number of issues are further raised in post-repressive societies. Thus, questions like, when, which and how many mechanisms of transitional justice should be implemented in the process of dealing with the problematic past are issues that are always relevant in societies recovering from repressive regimes. In this direction, in post-repressive societies clearly exist certain factors that influence whether, when and how these societies will come to terms with their past, filled with serious and systemic human rights violations. Factors that determinate whether in post-repressive societies there will be justice or there will be amnesty.*

Key words: *politics, political system, democracy, transition, lustration, post-communist countries.*

*М-р Владан Мирковић**

СТАЛНО ВАНРЕДНО СТАЊЕ КАО ПРЕТЊА ПРАВНОЈ ДРЖАВИ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА РАТ ПРОТИВ ТЕРОРИЗМА

UDC: 342.77:323.28(73)
Original Research Paper

***Апстракт:** У савременом глобализованом свету где је динамичност једна од основних одлика друштвених процеса, потреба за брзим и ефикасним деловањем у унутрашњим и међународним односима постаје нужност. Услед тога, извршна власт коју врши мања и компактна група политичких представника постаје неформално средиште политичке власти на рачун парламента. Велика моћ концентрисана међу уским кругом људи под одређеним условима постаје већа опасност од било ког савременог облика угрожавања (тероризам, корупција, организовани криминал и сл.). Ово из разлога што се принципи правне државе деформишу и губе смисао у сталном ванредном стању које се константно репродукује и постаје редовно стање и неформални смисао политичког деловања. Као резултат тога, специјалне мере предузете ради заштите од угрожавања постају, не привремене мере, већ изворни и скривени циљ политичког деловања. У раду су анализирани неке мере америчке извршне власти донете у току рата против тероризма које одступају од редовних процедура предвиђених америчким и међународним правом. Анализа обухвата и три пресуде Врховног суда у којима су неке од ових мера биле предмет правне оцене.*

***Кључне речи:** правна држава, ванредно стање, безбедност, рат против тероризма.*

* Асистент, Правни факултет, Универзитет у Новом Саду

ПОЈАМ ПРАВНЕ ДРЖАВЕ И ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

“У савременој правној науци постоје два главна учења о владавини права. Једно је настало у европском континенталном систему и познато је као правна држава (Rechtsstaat), а друго у англосаксонском систему и познато је као владавина права (Rule of Law).”¹ “У литератури се теорија о правној држави најчешће везује за Немачку 19. века, конкретно за прилике у Пруској монархији. Истакнути су либерални захтеви, као што су слобода, ограничење државне власти, сигурност, што је било последица напредних идеја из других западноевропских земаља, пре свега из Енлеске и Француске. Ипак, Пруски апсолутизам је био вођен владајућом жељом за уједињењем расцепканих немачких земаља, па немачка буржоазија није имала исту снагу као француска или енглеска. Имајући у виду јаку државну власт с једне стране и либералне захтеве с друге, изванредан компромис је морао да се постигне са циљем ограничења јаког државног апарата и заштите права која су дошла као резултат револуција у другим земљама. Тако је настала теорија правне државе, као плод настојања немачке теорије да државну власт, која је временом почела да се концентрише у рукама управе, учини законитом, рационалном и предвидљивом.”²

У таквим условима концепт правне државе у Немачкој сведен је на институционализацију управне власти као носиоца политичке и правне моћи. Процес институционализације “је процес у коме је управа од самосталне и ничим ограничене власти, која је спроводила своју сопствену вољу, односно вољу владара, постала државни орган који примењује правне прописе и тиме реализује вољу законодавца. То значи да управа више није имала аутономна овлашћења, већ да је могла предузимати само оне радње на које је законом била овлашћена.”³

С друге стране у англосаксонском праву сматра се да законитост има шире значење него на континенту и да пун израз добија у учењу о владавини права. “Владавина права не значи владавину позитивноправног поретка као таквог, него владавину позитивноправног поретка одређених својстава.”⁴ Нека од тих својстава су: легитимност власти, подела власти,

¹ Митровић, Д.: Теорија државе и права, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, 228.

² Вукадиновић, Г.; Јованов, И.: Правна држава и владавина права, од зачетака до савремених изазова. Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2016, стр. 776.

³ Милков, Д.: Управно право – уводна и организациона питања, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2011, стр 23.

⁴ Марковић, Р.: Уставно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд,

независност судства, уставност и законитост (начело легалитета), уставна јемства људских и грађанских права и слобода привреде и привредне делатности.⁵

“Владавина права и правна држава су у суштини имали исти циљ – ограничење државне власти. Међутим, Немачка је у 19. веку била распарчана и тежило се њеном уједињењу уз помоћ јаке државне власти, са извесним резервама према људским правима. Идеја је била да грађани у таквим условима ипак на неки начин буду заштићени од незаконитих аката управе, док се мања пажња поклањала самим људским правима. Тако правна држава постаје материјално неодређена, сведена на просто поштовање закона ма какви они били. У том моменту, правна држава и владавина права, два слична концепта, настављају различитим путевима.”⁶

Међутим у ери глобализације, интеграције и међусобне зависности и приближавања два правна система констатовано је да “између правне државе и владавине права не постоје суштинске разлике, односно да су правна држава и владавина права истоветне, чиме је отпочело њихово унификавање.”⁷ Томе су допринели и англосаксонски и континентални (нарочито немачки) правници. У англосаксонској теорији настају учења о *thick* и *thin rule of law*.⁸ *Thin rule of law* је више правни принцип и садржи формалне аспекте владавине права, док је *thick rule of law* више политички принцип будући да захтева материјалну компоненту, односно испуњење раније поменутих својстава. С друге стране и немачки правници су после Другог светског рата допринели поновном приближавању појмова правне државе и владавине права будући да су ширили схватање правне државе у односу на раније постојећи чисто формалистички, садржајно испражњен односно десупстанцијализован појам правне државе.

Из тога проистиче да се појмови правне државе и владавине права почињу посматрати као синоними, али се кроз разликовање правне државе у формалном и материјалном смислу виде основни елементи тако интегрисаног појма. Правна држава у формалном смислу подразумева “да су сви једнако обавезани правом, јер у њој влада закон уместо људи.”⁹

2014, 508.

⁵ Према: Марковић, Р.: Уставно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 509-511.

⁶ Вукадиновић, Г.; Јованов, И.: наведено дело, стр. 778.

⁷ Митровић, Д.: наведено дело, стр. 234.

⁸ Peerenboom, R., “Varieties of Rule of Law”, *Asian Discourses of Rule of Law*, London 2004; Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, 2004. У Вукадиновић, Г.; Јованов, И.: наведено дело, стр. 779.

⁹ Митровић, Д.: наведено дело, стр. 235.

Материјални појам правне државе одговара учењу о владавини права и подразумева државу као средство за остваривање права и слобода грађана, њихов несметан рад и развој, а не државу као циљ у коме је грађанин поданик који је лишен свих права. Само она држава у којој је остварена идеја правне државе¹⁰ односно владавине права је држава у којој постоји пожељан амбијент да се оствари првобитни циљ због кога је држава и настала, а то је индивидуална безбедност.

БЕЗБЕДНОСТ КАО ПРЕТПОСТАВКА ПРАВНЕ ДРЖАВЕ

За постојање правне државе неопходно је да буду испуњени одређени услови. Као друштвене услове правне државе можемо навести: стабилност, хомогеност, ред и мир, правну свест, правну идеологију, културу јавног мњења.¹¹

Стабилност подразумева безбедност друштва односно стање заштићености виталних вредности друштва од свих облика и носилаца угрожавања. “Суштина безбедности јесте да друштво преко ње остварује одређени циљ, који се, преваходно, састоји у заштити сопственог опстанка и прогресивног развика у складу са могућностима.”¹² Због тога свака држава предузима мере и активности на успостављању и функционисању система безбедности који треба да оствари такво стање ствари у држави и друштву да виталне вредности нису угрожене.

“Безбедност може бити угрожена споља и изнутра или комбинованом активношћу различитих носилаца угрожавања, па се чисто теоријски прави подела на спољну и унутрашњу безбедност, мада је фактички безбедност једна, једина и недељива. У том смислу, садржај спољне безбедности чини заштита суверенитета и територијалног интегритета, као и равноправност чланства у међународној заједници. С друге стране унутрашња безбедност, између осталог, подразумева стање заштићености јавног реда и мира, људских права и слобода и несметано функционисање уставом успостављеног поретка. Очигледно је да се спољна и унутрашња безбедност међусобно прожимају и чине оно што

¹⁰ Слободан Перовић сматра да идеал правне државе у пракси није постојао, не постоји, нити ће постојати па због тога треба увести у употребу појам друштвене толеранције који би означио дозвољену меру одступања идеално замишљеног концепта у пракси. Видети у Вукадиновић, Г.: Савремена схватања правне државе код наших професора права, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1–2/2008.

¹¹ Видети у Митровић, Д.: Теорија државе и права, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010 236-238.

¹² Стајић, Љ.: Основе система безбедности са основама истраживања безбедносних појава, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2015, 23.

се у науци безбедности назива интегрална безбедност.»¹³

Елиминисањем или довођењем у друштвено прихватљиве оквире, најразличитијих облика угрожавања, систем безбедности ствара услове да се сви друштвени процеси и односи одвијају на жељени начин у складу са правним прописима и прописаним стандардима. Тако систем безбедности не ствара материјална добра, али ствара услове да материјална добра настану, да се прикупе и алоцирају у складу са потребама. На тај начин ствара се реална материјална основа за вршење свих функција правне државе. Безбедност друштва представља основну претпоставку правне државе јер «не постоји правна норма која би била примењива на хаос. Поредак мора да буде успостављен како би правни поредак имао смисла. Мора да се створи нормална ситуација, и суверен је онај ко дефинитивно одлучује о томе да ли то нормално стање влада.»¹⁴

Све док се права и слободе грађана, као и супротности које у друштву неминовно настају могу решити и каналисати на институционализован начин постоји редовно стање. Редовно стање одликује се стабилном политичком ситуацијом и несметаним функционисањем институција преко којих се задовољавају лични и колективни интереси. Међутим, услед деловања унутрашњих, спољних и/или мешовитих фактора унутар државе може настати ванредно стање као ситуацији у којој не постоји могућност редовног задовољавања потреба грађана и обављања државних функција.

Ако нормално стање не влада, ако не постоје услови за примену права, онда суверен као неко ко *одлучује да ли постоји екстреман случај нужде* може да одлучи да се устав суспендује.»¹⁵ Тиме се на сукоб који настаје ван права, одговара мерама које такође стоје ван права, а које су једино ефикасне да поново успоставе нормалну ситуацију и поредак у коме суспендовано право може опет да живи. «Егзистенција државе овде потврђује несумњиву надмоћ над важењем правне норме.»¹⁶ Међутим, не сме се олако закључити да су само деструктивне појаве претња друштвеној стабилности и тиме правној држави. Природа ванредног стања као изузетне правне и безбедносне мере и природа радњи које се у складу

¹³ Стајић, Љ.; Радивојевић, Н.; Мирковић, В.: Војна неутралност као принцип стратешког опредељења Републике Србије – проблемски приступ, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 4/2016, Нови Сад, 2016.

¹⁴ Шмит, К.: Политичка теологија, четири поглавља о теорији суверености. У Норма и одлука: Карл Шмит и његови критичари, Филип Вишњић, Београд, 2001, стр 95.

¹⁵ Шмит, К.: Појам политичког. У Норма и одлука: Карл Шмит и његови критичари, Филип Вишњић, Београд, 2001, стр 92.

¹⁶ Шмит, К.: Појам политичког. У Норма и одлука: Карл Шмит и његови критичари, Филип Вишњић, Београд, 2001, стр 94.

са тим примењују за време трајања таквог стања могу под одређеним околностима и сами постати облици угрожавања и претње постојању правне државе. Управо из тог разлога одлука о томе да ли постоје услови за проглашење ванредног стања и поступање специјализованих државних органа у таквим ситуацијама ставља на тест сваку државу у смислу да ли се та држава може сматрати правном државом. Ванредно стање које по дефиницији одликује одступање од неких уставом гарантованих процедура и људских права и слобода могуће је само у правној држави, с обзиром на то да у држави која се не може сматрати таквом, ванредно стање представља трајну категорију.

Упркос томе, «данас смо сведоци тога да се овај институт (ванредно стање – прим. аутора) све чешће виђа у пракси,¹⁷ па чак и да се изузетно стање може намерно произвести, тако да сасвим извесно оно не представља тек пуки и теоријски концепт, с претежно теоријским консеквенцама. Штавише, уочава се тенденција ка томе да се једном уведено ванредно стање често продужава, тако да оно не представља изузетак, него прераста у перманентни облик владавине уз суспендовано право.»¹⁸ Рата против тероризма могао би се посматрати као начин увођења једне правне државе у ситуацију сталног ванредног стања. У том смислу, ради илустрације могу се поменути Стратегије националне безбедности САД у којима се каже да су «САД у почетној фази веома дуге борбе, сличне оној са којом су се суочиле на почетку Хладног рата»¹⁹, а то значи да је «рат против глобалног тероризма глобални подухват неизвесног трајања.»²⁰ Овде се мора истаћи да безбедност као

¹⁷ Поред случаја који ће бити предмет анализе, овде се могу поменути случајеви ванредног стања у Француској после терористичких напада које је трајало скоро две године и које је окончано новим антитерористичким законом који у суштини продужава важење ванредних мера и после формалног укидања ванредног стања. О томе види: New French anti-terror law to replace 2-year state of emergency. Politico, Nicholas Vinocur, 31.10.2017. <https://www.politico.eu/article/new-french-anti-terror-law-to-replace-2-year-state-of-emergency/>, приступљено 17.3.2019. У Турској је после неуспелог војног пуча из 2016. године уведено ванредно стање које је трајало скоро две године. За то време на хиљаде људи је ухапшено или остало без посла (107 000) због наводне умешаности у пуч односно подршке пучистима. Види Turkey ends state of emergency after two years, BBC News, 18 July 2018. <https://www.bbc.com/news/world-europe-44881328>, приступљено 18.3.2019. У исто време законодавства држава које се традиционално сматрају правним и уређеним државама све више попримају обележја „ванредног“ законодавства због претње од различитих облика угрожавања.

¹⁸ Аврамовић, Д.: Увођење ванредног стања – магистарски рад, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2011, 40.

¹⁹ The National Security Strategy of the United States of America, The White House, March 2006, p.1.

²⁰ The National Security Strategy of the United States of America, The White House,

претпоставка правне државе и инструментална вредност, у ванредном стању не сме да постане циљ сам по себи и да тако оправда поништавање свега онога што безбедност у редовним околностима треба да омогући.

СТАЛНО ВАНРЕДНО СТАЊЕ КАО ПРЕТЊА ПРАВНОЈ ДРЖАВИ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА РАТ ПРОТИВ ТЕРОРИЗМА

Повлачење принципа правне државе и владавине права пред појавама које су у јавном дискурсу представљене као егзистенцијалне претње најбоље се може видети на примеру антитерористичких мера предузетих после напада на Њујорк и Вашингтон од 11. септембра 2001. године. Ова ситуација адекватна је за анализу из више разлога, а пре свега што иза специјалних мера које су предузете у „афектном стању“ нације, следе судске одлуке које су оцениле однос предузетих специјалних мера према основним стандардима не само правне државе, већ и елементарних принципа човечности.

Веома брзо после напада, већ 18. септембра 2001. године Конгрес САД на заједничкој седници донео је заједничку резолуцију (joint resolution) којом овлашћује председника «да употреби сву неопходну и потребну силу против свих држава, организација или појединаца за које сматра да су планирали, одобрили, извршили или помагали терористичке нападе 11. септембра...»²¹ Тиме се ионако нејасно и широко овлашћење врховног команданта додатно појачава резолуцијом Конгреса која даје «одрешене руке» председнику у борби против тероризма. Резолуција оваквог садржаја значила је да је Конгрес (као представника грађана) у то време био сагласан са тврдњама изнетим у серији председничких говора одмах након напада, о томе да су Ал Каида и међународни тероризам егзистенцијална претња америчкој националној безбедности.

Резолуцијом коју је донео Конгрес, САД су и формално прогласиле ратно стање чиме су активирана широка овлашћења председника као врховног команданта оружаних снага, а принципи правне државе и владавине права стављени у други план због разлога националне безбедности. Када је реч о овлашћењима председника САД као врховног команданта војске, Министарство одбране сматрало је да «у току рата председнику припада право да самостално одлучује о начину на који ће поразити непријатеља.»²² Као потврда овог става наводи се судска

September 2002, Intoduction.

²¹ Joint resolution to authorize the use of United States Armed forces against those responsible for the recent attackslaunched against the United States (Authorization for use of military force), Public law 107-40-sept. 18, 2001.

²² Memorandum for William J. Haynes IT, General Counsel of the Department of Defense,

пракса и поједине судске одлуке донете још почетком XIX века. «Ако је председник суочен са изненадним нападом на територију или народ Сједињених Држава или са каквим другим угрожавањем америчких интереса и безбедности, његова је уставна обавеза да на ту претњу одговори свим неопходним средствима.»²³ На основу својих овлашћења као врховног команданта војске и резолуције коју је Конгрес усвојио, председник Буш је наредио започињање војних операција које укључују убиства и заробљавање припадника Ал Каиде. Из тога се даље изводило да је заробљавање, притварање и испитивање припадника Ал Каиде у самој суштини овлашћења председника као врховног команданта војске односно лица преко којих председник врши ову функцију. Осим тога, председник има право да одобри притвор за све време док траје конфликт, а међународно ратно право дозвољава да се заробљени непријатељи испитују о њиховој снази и плановима. На основу оваквог схватања Устава и права уопште (које је подржано у мишљењима министарстава правде и одбране), председник Буш донео је велики број аката која су противна принципима правне државе.

Председник Буш је већ 17. септембра 2001. године овластио ЦИА-у да ухапси и притвори сва лица која *могу да угрозе живот и интересе америчких грађана* или која планирају терористичке нападе (на основу мишљења министарства правде - Memorandum of Notification (MoN)). Тиме се даје велика моћ директору ЦИА-е, чија агенција, заједно са Министарством одбране, има главну улогу у борби против тероризма. Штавише, ЦИА је самостално проширила тумачење овог Меморандума и према лицима *која могу да дају било какве податке о лицима која угрожавају америчке грађане* или планирају терористичке нападе. МоН садржи широка овлашћења у погледу тога ко, колико и зашто може бити ухапшен и притворен.

Позивајући се на Устав и права која чине садржај улоге врховног команданта америчке војске, председник Буш је 13. новембра 2001. године издао Наредбу о притварању, третману и суђењу странцима осумњиченим да су чланови међународних терористичких организација²⁴. Наредбом је истакнуто да се Сједињене Америчке Државе и њени грађани морају заштити од терористичких напада, а да се лица која чине терористичке нападе морају осудити за кршење закона рата и других закона које могу применити војни судови. Наредба председника

р. 5.

²³ Memorandum for William J. Haynes IT, General Counsel of the Department of Defense, р. 5.

²⁴ Military Order of November 13, 2001, Detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the War against terrorism, 66 Fed. Reg. 57,833 (Nov. 16, 2001).

Буша «могла се применити на све случајеве када је председник сматрао да појединац 1) јесте или је био члан организације Ал Каида; 2) да је укључен у активности, помаже или учествује у неком тајном плану за извођење или припремање терористичких напада, који је изазвао или може изазвати, или је циљ да изазове повреду или штетне последице по Сједињене Америчке Државе, америчке грађане, националну безбедност, спољну политику, економију; 3) који скрива лица која су обухваћена под 1) и 2).»²⁵ Осим што се односила на готово неограничен круг људи, ова и сличне одлуке успоставиле су паралелан систем судске надлежности који је деловао по посебним правилима на територији која није била под јурисдикцијом редовних америчких судова односно судова опште надлежности..

Председник Буш отишао је корак даље па је 7.2.2002. године потписао документ којим се Талибанима и лицима осумњиченим за тероризам одриче заштита предвиђена Женевским конвенцијама, упркос томе што је формално био у рату против њих. „У складу са мојим овлашћењима као врховног команданта и шефа извршне власти Сједињених Америчких Држава, на основу мишљења Министарства правде од 22. јануара 2002. године и правног мишљења министра правде од 1.2.2002. године:

1. Прихватам правно мишљење Министарства правде и одлучујем да се *ниједна забрана предвиђена Женевским конвенцијама не може применити на наш сукоб са Ал Каидом у Авганистану или било где у свету, јер између осталог Ал Каида није Висока потписница Женевских конвенција.*

2. Прихватам правно мишљење министра правде и Министарства правде да по Уставу *имам овлашћење да суспендујем примену Женевских конвенција, али да се одредбе Конвенција имају применити на сукоб са Талибанима. Задржавам право да се ово овлашћење примени у овом или будућем сукобу.*

3. Такође прихватам правно мишљење Министарства правде и доносим одлуку да се *члан 3. Женевске конвенције не примењује на притворене Талибане и припаднике Ал Каиде, између осталог и због тога јер се члан 3. Конвенције примењује на оружани сукоб који није међународног карактера.*

4. На основу чињеница које је доставило Министарство одбране и правног мишљења Министарства правде доносим одлуку да *су притворени Талибани незаконити борци, па се према томе не могу сматрати ратни заробљеници у смислу члана 4. Женевске конвенције.*

²⁵ Memorandum for William J. Haynes IT, General Counsel of the Department of Defense p. 20.

С обзиром да се Женевске конвенције не односе на наш сукоба са Ал Каидом, то се и притворени чланови Ал Каиде не могу сматрати ратним заробљеницима.“²⁶

Упркос томе што се Талибанима и припадницима Ал Каиде одриче заштита коју предвиђа међународно хуманитарно право, председник Буш гарантује хумано поступање. Извештај Обавештајног одбора²⁷ открива како је изгледао притвор и испитивање неколико притвореника. Први притвореник који се помиње у извештају је Абу Зубајид. Управо током његовог испитивања агенти ЦИА-е су видели да редовне истражне технике не могу дати жељени резултат када се испитују верски фанатици. Својом смрћу они постају мученици (шехиди) и због тога се не плаше смрти, а сва редовна средства испитивања у тим ситуацијама су крајње непримењива на такву категорију притвореника. Због тога је у јулу 2002. године поднет захтев Министарству правде за правно мишљење о законитости употребе истражних метода која укључују различите врсте принуде. Нове методе испитивања заснивале су се на програму обуке америчких војника у случају да буду заробљени и мучени од стране непријатеља (SERE (Survival, Evasion, Resistance and Escape) school). Министар правде се 24. јула 2002. године усмено сагласио са применом 10 нових техника испитивања, да би се 26. јула 2002. године, такође усмено сложио са употребом технике waterboard (гушење водом). Већ 1. августа 2002. године нове методе су и званично прихваћене.²⁸ У Извештају Одбора стоји да је један од разлога за овакву одлуку био и тај што „није постојала намера да се применом ових метода изазове физичка и психичка бол“, већ да се дође до употребљивих обавештајних података.

Министарство правде је 13. марта 2002. године дало позитивно правно мишљење Министарству одбране да председник Буш има право као врховни заповедник војске да одобри слање заробљених терориста у стране државе (*Transfers Memorandum*). Након добијања позитивног правног мишљења председник Буш могао је да шаље притворенике у државе савезнице. Тако је започела изградња тајног затворског система широм света. Формирање тајних затвора широм света било је потребно

²⁶ http://www.pegc.us/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf, приступљено 7.1.2015.

²⁷ Senate Select Committee on Intelligence, Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program, December 3, Approved December 13, 2012 – Declassification December 3, 2014. https://fas.org/irp/congress/2014_rpt/ssci-rdi.pdf, приступљено 10.3.2019.

²⁸ Према: Senate Select Committee on Intelligence, Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program, December 3, Approved December 13, 2012 – Declassification December 3, 2014.

да би се избегла примена било ког америчког прописа. Тиме се желела избећи ситуација да се уопште постави питање одговорности америчких агената.

Ако би се понашања представника извршне власти и могла сматрати ратним злочинима и злочинима против човечности, Међународни кривични суд у Риму, према америчкој администрацији, не би могао бити надлежан из два разлога:

1. Стални међународни суд у Риму није надлежан да суди америчким држављанима јер Сједињене Америчке Државе нису пристале на то.

2. И да је МКС у Риму надлежан да суди америчким држављанима, могао би то да уради само због повреде права оних лица на која се односе гаранције Женевских конвенција. Како су припадници Ал Каиде и Талибани проглашени незаконитим борцима, тиме им је ускраћена заштита предвиђена овим конвенцијама.²⁹

Наведена правна мишљења министарстава правде и одбране негирала су да је било којом мером која је предузета у рату против тероризма повређено било домаће (америчко) било међународно право. Међутим, самовољним одрицањем међународне заштите предвиђене Женевским конвенцијама, Бушова администрација прекршила је члан VI Устава САД који прописује да “сви склопљени уговори или они који ће бити склопљени у име Сједињених Америчких Држава, врховни су закон земље и судије у свакој држави обавезне су да их поштују, чак и у случају да тиме долазе у сукоб ма у чему са Уставом или законима било које државе”. С обзиром на то какво је расположење нације и Конгреса било у том тренутку, није се могло очекивати да ће успешно бити покренут и окончан поступак за разрешење тадашњег председника. Тиме је једно ефикасно средство утицаја Конгреса на извршну власт изостало.

ПРЕСУДЕ ВРХОВНОГ СУДА САД ПОВОДОМ ПРИТВОРЕНИХ ЛИЦА У РАТУ ПРОТИВ ТЕРОРИЗМА

Неке од претходно наведених мера и активности које су предузете у току рата против тероризма постале су предмет оцене уставности и законитости пред Врховним судом САД. У наставку ће бити дата кратка анализа три случаја која ће показати однос између арбитражних мера које су примењене у стању нужде, стварне или путативне, и принципа правне државе и владавине права.

²⁹ Према Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense, p. 48.

Расул против Буша³⁰

Пред Окружним судом у Дистрикту Колумбија појавио се случај у коме су сродници два Аустралијанца и 12 Кувајћана, поставили питање законитости притвора у Гвантанаму. Такав захтев је одбачен јер је суд оценио да није надлежан. Приликом одлуке о надлежности Окружни суд се позвао на случај *Johnson v. Eisentrager*, у коме је Врховни суд заузео став да лица које су држављани непријатељске силе, која су ухваћена и осуђена од стране америчких војних власти на територији стране државе (Нанкинг, Кина), немају право на захтев за заштиту права пред америчким судом. Окружни суд је одбацио надлежност поводом захтева за заштиту права и због тога што не може да буде екстериторијално надлежан, јер је затвор на Куби. Могућност екстериторијалне надлежности неког америчког суда могућа је само ако Конгрес донесе такву одлуку. Апелациони суд потврдио је одлуку Окружног суд. Овај случај потом је дошао пред Врховни суд који је донео потпуно другачију одлуку. Већина у судском већу сматрала је да поменути случај из Другог светског рата (*Johnson v. Eisentrager*), у случају Расул против Буша, не може бити примењен јер не постоји сличност између два случаја. У одлуци је речено да нити су лица која су притворена у Гвантанаму држављани непријатељске силе (ради о лицима са Кувајтским и Аустралијским држављанством), нити се амерички утицај и власт на простору Кине и Гвантанама могу поредити. У Гвантанаму Сједињене Америчке Државе остварују власт једнаку суверенитету већ више од сто година, док је Кина имала у то време пуну контролу над својом територијом. У вези са тим је одговор и на други разлог за одбацивање надлежности. Не може се говорити о екстериторијалној надлежност америчких судова у случају Гвантанама, јер је власт коју имају Сједињене Америчке Државе на том делу Кубе, једнака суверенитету и да поново стицање суверенитета Кубе на том простору зависи искључиво од воље Сједињених Америчких Држава.

“Врховни суд није експлицитно одлучио да ли је притвор законит нити како на то питање треба да буде одлучено. У одлуци се само каже да су савезни судови надлежни да одлучују о неограниченом притвору лица која сматрају да су невина и да ће предмет бити враћен Окружном суду на поновно одлучивање.”³¹

³⁰ Rasul et al. v. Bush, President of the United States of America, Cases adjudged in the Supreme Court at October term 2003, United States reports, Volume 542.

³¹ Kate Martin and Joe Onk: Enemy combatants, the Constitution and the administration's War on terror, American constitution society for law and policy, 2004, p. 4.

Хамди против Рамсфелда³²

Други случај који показује одступање од редовне улоге правосудних органа је случај Хамди против Рамсфелда. Амерички држављанин Хамди је ухваћен у Авганистану (са другим Талибанским војницима и са оружјем), потом је испитиван у Авганистану, а онда је пребачен у Гвантанамо у јануару 2002. године. Потом је у априлу 2002. године поново дошло до премештања, прво у затвор у војној луци у Вирџинији, а потом у Јужној Каролини. Окружни суд је донео одлуку по којој Хамди као амерички држављанин има право на браниоца и да је потребно да влада изнесе додатне доказе који иду у прилог тврдњи да је Хамди непријатељски борац. Апелациони суд донео је супротну одлуку. Судије Апелационог суда сматрале су да Хамди као амерички држављанин има право на захтев за заштиту права, али да се на основу чињенице да је Хамди ухваћен у зони ратних дејстава са оружјем, може закључити да је одлука председника да Хамди буде притворен као непријатељски борац у складу са Уставом. Због тога је Апелациони суд сматрао да је одлука о неограниченом војном притвору оправдана.

Да би заштитио интересе свог сина, Хамдијев отац је поднео захтев за заштиту права пред Врховним судом. Врховни суд донео је одлуку да је Хамдијев неограничени притвор, без могућности жалбе и правне помоћи незаконит и да је потребно да се спроведе поступак у коме ће моћи да оповргне наводе о умешаности у рату против Сједињених Америчких Држава. “Сматрамо да иако је Конгрес донео одлуку којом се одобрава притвор у одређеним случајевима, америчком држављанину за кога се сумња да је непријатељски борац и који је у притвору у САД, обезбеди могућност да оспори оптужбе пред независним телом,” стоји у пресуди Врховног суда.

Рамсфелд против Падице³³

Хосе Падила је амерички држављанин који је 8. маја 2002. године путовао из Пакистана у САД. Ухапшен је по изласку на аеродром у Чикагу, због сумње да је као припадник Ал Каиде планирао заверу против Сједињених Америчких Држава. Федерални агенти су по налогу Окружног суда Њујорка ухапсили и притворили Падилу. Падила је постављен бранилац по службеној дужности, али док је чекао да буде

³² Hamdi et al. v. Rumsfeld, secretary of defense et al., Cases adjudged in the Supreme Court at October term 2003, United States reports, Volume 542.

³³ Rumsfeld, secretary of defense v. Padilla et al., Cases adjudged in the Supreme Court at October term 2003, United States reports, Volume 542.

саслушан пред Окружним судом у Њујорку на основу података који су били доступни, председник Буш је оценио да је Падила непријатељски борац, чиме је његов случај измештен из редовне правосудне процедуре. Притворен је на добро чуваном војном броду Чарлстон у Јужној Каролини, без права на браниоца и посету од стране чланова породице. Његов заступник је поднео захтев за заштиту права пред Окружним судом у Њујорку, сматрајући војни притвор неуставним. Пред судом у Њујорку поставила су се два питања. Прво се односило на надлежност суда у Њујорку да одлучује по овом питању, али и у односу на кога се захтев поставља. Друго питање се односило на право председника као врховног команданта да квалификује некога као непријатељског борца и да му одреди војни притвор без оптужбе и ограниченог трајања.

Падилин правни заступник је као одговорне за кршење права свог клијента навео председника Буша, министра одбране Рамсфелда и команданта војног брода Мелани Мар. Влада је указивала да пошто је Падила на војном броду, да је за њега одговорна само Мар као командант брода. Међутим, како Мар није на територији за коју је надлежан Окружни суд у Њујорку, онда суд у Њујорку не би требало ни да буде надлежан поводом овог захтева. Окружни суд је ипак другачије одлучио. Учешће особља Министарства одбране у активностима везаним за војни притвор Падице, чине министра одговорним чак и ако се не налази на територији за коју је надлежан Окружни суд. У меритуму, суд је одлучио да је став владе, да председник има право да одреди војни притвор америчком држављанину као непријатељском борцу, основан.

Апелациони суд је потом потврдио да се министар одбране може позвати на одговорност пред судом у Њујорку јер је особље министарства одбране било укључено у хапшење и пребацивање Падице из Њујорка у Јужну Каролину. Врховни суд је ипак сматрао да је суд у Јужној Каролини надлежан за поступање по захтеву за заштиту права. Апелациони суд је донео другачију одлуку у погледу оцене о надлежности председника да одређује војни притвор непријатељским борцима (на основу Резолуције од 18. септембра), чак и ако су амерички држављани. Апелациони суд је сматрао да ни Резолуција Конгреса, ни председничко овлашћење као врховног команданта војске не дају председнику за право да доноси такве одлуке. У прилог томе се наводи ранија судска пракса по том питању и закон којим је Конгрес забранио притварање америчких држављана од стране војске, без одобрења Конгреса (Non-detention act). Са овим ставом се касније сагласио и Врховни суд САД. На основу ове одлуке Апелациони суд наложио је министру одбране да пусти Падилу из притвора у року од 30 дана.

ЗАКЉУЧАК

Услед квалитативних и квантитативних промена, насталих као последица глобализације и интензивног научно-технолошког развија, савремени облици угрожавања задржали су само име у односу на неке претходне периоде. Савремени облици угрожавања интензивнији су, деструктивнији, неселективни и често представљају резултат синергијског дејства оружаних и неоружаних облика угрожавања, због чега их је тешко на време открити и сузбити. У екстремним ситуацијама држава уводи ратно или ванредно стање и специјалним мерама настоји да отклони егзистенцијалну угроженост виталних вредности.

Теоријски, у ванредном и ратном стању постоји прећутна сагласност да се у име угрожене заједнице „жртвују“ нека права која се у редовном стању претпостављају и која су уопште говорећи, циљ редовног политичког деловања. Из тог разлога, такве мере иако ефикасне, постају изузетне и предузимају се као *ultima ratio* (последње средство). Упркос томе што су крајње средство, ове специјане мере чак ни у ванредном стању не би смеле да буду неограничене и тоталне. Друга опасност специјалних мера је у томе што због своје природе постају пожелене и у редовним околностима као редовна појава партијскополитичког деловања (деловања у интересу одређених друштвених група не нужно само политичких партија). Из ових разлога, улога судске власти, као начелно независне власти, представља последњу одбрану правне државе пред „афектним“ стањем у коме се налази извршна власт као непосредно одговорна грана власти за нормално функционисање друштва и државе.

На основу кратког прегледа неколико мера америчке администрације предузетих у току рата против тероризма и судских пресуда поводом тих мера судова нижих од Врховног суда, јасно се може видети да су нижи судови углавном прихватили аргументацију владе без обзира на то колико је она била уверљива и заснована на чињеницама. Тако је већина судова свесно или несвесно била претворена у извршне органе са задатком да се озаконе све активности Бушове администрације и тиме дају привид законитости борбе против тероризма. Врховни суд САД као највиша судска, и као ретко који суд у свету политички важна, институција није дозволио да се неправо конвалидира. Одлуке Врховног суда посредно указују на то да су правна мишљења Министарства правде на којима се заснивао читав рат против тероризма, нетачна. Прецизније, нетачна у оној мери у којој се сматрало да председник има право да створи паралелан судски систем који би функционисао по сопственим правилима и процедурама и у оквиру кога би се одлучивало о томе ко је

незаконити борац односно терориста. Утврдивши да је део овлашћења за која се веровало да припадају председнику као врховном командату противправна, Врховни суд створио је простор за побијање и других спорних овлашћења. Међутим, даљи развој догађаја показао је да се на овоме стало.

Vladan Mirković, LLM
Assistant, PhD studies, Faculty of Law, University in Novi Sad,
v.mirkovic@pf.uns.ac.rs

PERMANENT STATE OF EMERGENCY AS A THREAT TO LEGAL STATE WITH SPECIAL REGARD TO WAR ON TERROR

Abstract: *In a modern globalized world where one of the basic characteristics of social processes is dynamic, the need for instant and efficient action in internal and international relations becomes a necessity. As a result, executive power, embodied in a small and more compact group of political representatives, becomes the informal center of political power in expense of parliament. The great power which is concentrated among the narrow circle of people under certain conditions could become more dangerous than any contemporary form of endangerment (terrorism, corruption, organized crime, etc.). This is true because the rule of law deforms and loses its meaning in a continuous state of emergency which is constantly reproduced and becomes a regular state and an informal sense of political action. For this reasons extraordinary measures undertaken in order to prevent threatening became not a temporary measures, but original and covert aim of political action. The paper analyzes some of the measures taken by the US executive branch during the war on terror which deviated from the regular procedures envisaged by American and international law. The analysis also includes three Supreme Court judgments in which some of these measures were subject to legal review.*

Key words: *rule of law, state of emergency, security, war on terror.*

М-р Александар Јовановски*

ПРАВНИ И ИНСТИТУЦИОНАЛНИ РАМКИ НА ЈАВНОТО ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО

UDC: 334.752.012.32/.33(4-672EU)
Short Communications

Апстракт: Анализата и разработката на правната и институционалната рамка на јавните приватни партнерства е важна, бидејќи за да се реализира договор за јавно приватно партнерство, тој треба да биде усогласен со позитивната законска регулатива. Имајќи предвид дека нашата земја се залага за полноправно членство во ЕУ, а истовремено имајќи го предвид и фактот дека јавните приватните партнерства се најзастапени во ЕУ, во текстот што следува посебно внимание ќе биде посветено на анализата на постоечкото законодавство на ЕУ и нашата држава во однос на јавно приватните партнерства. За директно спроведување и регулирање на проектите за јавно приватно партнерство, во Европската Унија нема конкретни законски прописи. Земјите членки на ЕУ своите законодавства индиректно ги усогласуваат со правните акти (регулативите и директиви, уредби, одлуки, мислења, препораки и сл.) кои се донесени од институциите на ЕУ. Правната рамка во областа на јавното приватно партнерство во нашата држава ја сочинуваат низа акти, кои во најголем дел се усогласени со законската регулатива на ЕУ. Покрај анализата на правната рамка, ќе биде разработена и институционалната рамка, која има клучна улога во спроведувањето на законските и подзаконските прописи од областа на јавно приватното партнерство.

Клучни зборови: Јавно приватно партнерство, правна рамка, институционална рамка.

* Докторанд на Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје - Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје

ВОВЕД

Правото на заедницата или правото на европските заедници е право создадено во рамките на три заедници: Европската заедница за јаглен и челик (ЕЗЈЧ), Европската економска заедница (ЕЕЗ) и Европската заедница за атомска енергија (ЕВРОАТОМ). Субјектите на правото на Заедницата се земји-членки на ЕУ, Институциите на ЕЗ, како и физичките и правните лица со државјанство или седиште во некоја од земјите-членки. Правото на ЕУ или правото на Европската заедница уште се нарекува комунитарно право (анг. *Community law*).¹

Што се однесува на јавните приватни партнерства, во правната рамка на ЕУ не е содржана единствена дефиниција што е јавно приватно партнерство, ниту пак содржи закон за јавно приватни партнерства или посебен правен систем за регулирање на оваа област. Една од причините за ова е веројатноста дека со воспоставувањето на правна дефиниција за јавно приватно партнерство од страна на Европската комисија, би можело да доведе до фактот дека голем број проекти не би биле опфатени со дефиницијата и важечките директиви за јавни набавки на ЕУ. Од друга страна, јавните набавки играат многу важна улога во јавните финансии на ЕУ и претставуваат значаен дел од БДП на ЕУ.

За директно спроведување и регулирање на проектите за јавно приватно партнерство, во Европската Унија нема конкретни законски прописи. Земјите членки на ЕУ своите законодавства индиректно ги усогласуваат со правните акти (регулативите и директиви, уредби, одлуки, мислења, препораки и сл.) кои се донесени од институциите на ЕУ. Овие правни акти го насочуваат развојот на законодавството на земјите-членки на ЕУ со цел полесно да се регулираат и усогласат

¹ Во теоријата не постои целосна согласност во поглед на тоа кои се прописи спаѓаат под поимот комунитарно право. Постоечките сфаќања можат да се поделат во две групи: потесни и пошироки. Според потесното сфаќање, под поимот комунитарно право спаѓаат само прописите кои ги донеле органите на Заедницата врз основа на овластувањата кои им ги доделиле земјите-членки. Тоа, пред се, се договорот за основање, договорите помеѓу заедницата/Унијата и трета држава и меѓународните организации и норми на секундарното законодавство, но не и нормите од внатрешното право на државите членки. Системот на комунитарно право опфаќа и одредени категории на договорите кои ги склучуваат земјите-членки на основа на споменатите договори, меѓународните договори кои се во тесна врска со нив и одлуките кои ги носи Советот на конференциите кои се одржуваат со земјите-членки. Во поширока смисла на зборот, комунитарното право ги опфаќа не само претходно споменатите извори, туку и оние прописи кои земјите-членки ги донеле и станале дел од националните законодавства и одлуките на Европскиот суд на правдата. Maher, Imelda, *Community Law in the National Legal Order, a Systems Analysis*, 36 JCMStud, 1998, стр.239

правилата кои се однесуваат на јавното приватно партнерство, а и на сите останати области од правната сфера воопшто. Директното спроведување на проектите преку јавните приватни партнерства, во земјите-членки на ЕУ се врши преку носење на закони кои се релевантни за регулирање на предметната област во одредена земја-членка, кој станува дел од позитивното право на секоја земја-членка на ЕУ. Значи, за спроведување на проекти преку јавно приватно партнерство, во земја членка на ЕУ, потребни се две групи на прописи: прописите на ЕУ и законодавството на земјата-членка на ЕУ.²

1. *Релевантна легислатива од областа на јавното приватно партнерство во ЕУ*

Правилата за јавни набавки на ЕУ кои се поврзани со областа за јавно приватни партнерства изведени се од четири основни правни документи на ЕУ:

- Договорот за функционирање на ЕУ (The Treaty on the functioning of the EU);³

- Директиви за јавни набавки на ЕУ (EU Public procurement directives);

- Релевантна судска пракса на Европскиот суд на правдата (European Court of Justice - ECJ) и

- Интерпретативни соопштенија на Европската комисија и други, прописи кои спаѓаат во т.н. Меки правни мерки (Soft-law measures) на Европската комисија.

Првите три документи се обврзувачки за земјите-членки и спаѓаат во т.н. „Hard Law“, додека Известувањата на ЕЗ се необврзувачки и спаѓаат во т.н. „Soft Law“ и во суштина се водичи за примена на обврзувачки закони кои претставуваат толкување на гледиштата на ЕК во врска со јавно приватните партнерства.⁴

Јавното приватно партнерство уште во 18 век претставува концепт на приватизација на јавната инфраструктура. По формирањето на Европската Унија правно се регулирани области кои вклучуваат концесии, јавни набавки, движење на стоки и услуги и др. Европската

² Saša, Marenjak, Danijel, Kušljic. "Pravni okvir javno-privatnog partnerstva", *Građevinar*, 61 (2009) 2, стр. 138.

³ Кога станува збор за јавните приватни партнерства, најважните одредби се оние кои се однесуваат на слободата на воспоставување и обезбедување услуги (членови 49 и 56 од Договорот за ЕУ). Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union, Official Journal of the EU, 30.3.2010, чл.49 и 56, стр.21 и 24.

⁴ Васиљев, Владимир, Основе законског оквира ЕУ према Јавно-приватним партнерствима Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2014 стр. 442

Унија уште од 1971 година започна со носење директиви за регулирање на склучувањето договори за јавни работи⁵ и правилата за склучување договори за јавни услуги за стоки и услуги⁶.

Јавното приватно партнерство, поточно концесиите во земјите-членки на ЕУ беа регулирани во 2000 година со посебен документ на Европската комисија со наслов: (Commission interpretative communication on concessions under community law)⁷ кој ја регулира областа на концесии во земјите-членки на ЕУ. На овој документ на Европската Комисија следуваше донесување на Новини - Нова одлука на Еуростат за дефицит и темелна обработка на јавно приватните партнерства, од страна на Еуростат.⁸

Во текот на 2003 година Европската Комисија донесе документ со наслов Насоки за успешни јавно приватни партнерства (Guidelines for successful public-private partnerships)⁹ во кој се структурирани тематски целини од областа на јавното приватно партнерство. Уште во воведот на овој документ се истакнува дека јавното приватно партнерство претставува договор помеѓу две или повеќе страни кои се договориле преку кооперативна работа да постигнат поделени и компатибилни цели во кои што постои јасна поделба на надлежностите и одговорностите, заедничко вложување на ресурсите, поделба на долговите или преземање на ризикот и идеална заедничка корист/добивка.¹⁰

Веќе во 2004 година, Европската Комисија ја носи Зелената книга за јавното приватно партнерство, кој претставува најважен документ со кој се регулира областа на јавно приватното партнерство. Во овој документ, јавно приватните партнерства се дефинирани како, форми на соработка помеѓу јавните органи и приватните економски оператори, честопати со цел да се обезбеди финансирање, изградба, реновирање, управување и одржување на инфраструктура или да се обезбеди услуга. Јавното приватно партнерство во Зелената книга е

⁵ Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts

⁶ Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts

⁷ Commission interpretative communication on concessions under community law; Official Journal of the European Communities; C 121/2;

⁸ News release - New decision of Eurostat on deficit and debt Treatment of public-private partnerships; Eurostat Press Office; Philippe BAUTIER; BECH Building, L-2920 Luxembourg; eurostat-pressoffice@cec.eu.int; STAT/04/18; 11. 2. 2004.

⁹ Guidelines for successful public-private partnerships, достапен на: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf

¹⁰ Guidelines for successful public - private partnerships, European commission directorate-general regional policy, march 2003, стр. 13

одредено како партнерство кое се однесува на облици на кооперација помеѓу јавниот и приватниот сектор со цел да се обезбеди финансирање, изградба, обнова, управување и одржување на инфраструктура или давање на услуги.¹¹ Во овој документ се опишани карактеристиките и се систематизирани областите на јавното приватно партнерство (договорно и институционално јавно приватно партнерство).¹² На донесувањето на Зелената книга за јавно приватните партнерства претходеше донесување на две важни директиви од Европскиот Парламент и Советот на Европа од кои имаше нужна потреба за нивно донесување, а особено заради сложеноста на односите кои настануваа помеѓу јавниот и приватниот сектор и исполнувањето на целите за исполнување на условите кои ги бара пазарот, односно крајните корисници. Па така, беа донесени Директивата 2004/17/ЕЗ на Европскиот парламент и Советот од 31 март 2004 година за усогласување на постапката за набавка на субјекти кои работат во областа на вода, енергија, транспорт и секторите за поштенски услуги¹³ и Директивата 2004/18/ЕЗ на Европскиот парламент и Советот од 31 март 2004 година за усогласување на постапките за доделување договори за јавни работи, договори за јавни добра и договори за јавни услуги.¹⁴ Со донесувањето на Упатството за конкурентен дијалог-Класична директива¹⁵ од страна на Европската Комисија, продолжи развојот на уредување на се покомплицираниот облик на соработка помеѓу јавните и приватните партнери. Со овој документ беше воведена нова процедура за јавни набавки т.н. конкурентен дијалог, со која се создаваше можност за имплементација на сложени јавно приватни партнерства. Институциите на ЕУ и во наредните години продолжија со објавување на други документи и објаснувања како на пример: Извештај за јавноста консултации за Зелената книга за јавни приватни партнерства и закон за заедницата за јавни договори и концесии,¹⁶ Соопштение за

¹¹ Н., Мијатовиќ., “Јавно-приватно партнерство.” Хрватска правна ревија, бр.3, 2007 стр. 33.

¹² Green paper on Public private partnerships and community law on public contracts and concessions; Commission of the European communities, Brussels, COM(2004).

¹³ Directive 2004/17/EC of European parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors; Official Journal of the European Union, L 134/1; 30.04.2004.

¹⁴ Directive 2004/18/EC of European parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts; Official Journal of the European Union, L 134/114; 30.04.2004.

¹⁵ Explanatory note – Competitive dialogue – Classic directive; European commission; Directorate General Internal Market and Services, Public procurement policy, Brussels, 2994

¹⁶ Report on the public consultation on the Green paper on Publicprivate partnerships and community law on public contractsand concessions; Commission of the European

ЛПП и законодавството на Заедницата за јавни набавки и концесии,¹⁷ Често Поставувани Прашања за јавна набавка: Комисијата предлага разјаснување на правилата на ЕУ за јавно приватно партнерство,¹⁸ Одлука за јавно приватно партнерство и правото на Заедницата за јавни набавки и концесии,¹⁹ и Регулативата (ЕЗ) бр. 1370/2007 на Европскиот парламент и на Советот од 23 октомври 2007 година за услуги за јавен превоз на патници со железнички и патен сообраќај и за укинување на регулативите (ЕЗ) бр. 1191/69 и 1107/70.²⁰ Во текот на 2008 година, покрај овие документи областа на јавно приватно партнерство, од страна на институциите на ЕУ дополнително беше појаснета и регулирана со следните документи: Порака за примена на правото на Заедницата за јавни набавки и концесии на институционализирано јавно приватни партнерства (EASC)²¹ и Јавни набавки: Комисијата издаде упатства за поставување на институционализирано јавно приватно партнерство - Често поставувани прашања.²²

Подоцна беа донесени Директивата за набавки во секторите за вода, енергија, транспорт и за поштенски услуги (COM/2011/895), Директивата за јавни набавки (COM/2011/0896) и Директивата за договори за концесија (COM/2011/0897 финална).

Доделување на договори за јавни набавки од страна или во име на надлежните органи на земјите-членки мора да бидат во согласност со принципите од Договорот за функционирање на Европската Унија, особено со начелото на слободно движење на стоки, слобода на деловно воспоставување и слобода да се обезбедуваат услуги, како и со начелата на еднаков третман, забрана за дискриминација, взаемно признавање, пропорционалност и транспарентност. Меѓутоа, во случај на склучување јавни договори над одредена вредност, треба да се изготват одредби

communities;Brussels, 3.5.2005.;SEC(2005) 629

¹⁷ Communication on PPPs and Community law on public procurement and concessions; Commission of the European communities; Brussels, 15.11.2005.; COM(2005) 569 final

¹⁸ Frequently Asked Questions (FAQs) on public procurement: Commission proposes clarification of EU rules on publicprivate partnerships; Brussels, 17. 11.2005.; MEMO/05/431

¹⁹ Resolution on Public private partnerships and Community law on public procurement and concessions; European Parliament;Thursday, 26.10.2006.; Strasbourg

²⁰ Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on public passenger transport services by rail and by road and repealing Council Regulations (EEC) Nos 1191/69 and 1107/70; Official Journal L 315; 03.12.2007.; P. 0001 - 0013

²¹ Communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalized Public-Private Partnerships (IPPP); Commission of the European communities; Brussels, 05.02.2008.; C(2007)6661

²² Public procurement: Commission issues guidance on setting up Institutionalized Public-Private Partnerships – Frequently Asked Questions; Brussels, 18.02.2008.; MEMO/08/95

за координација на постапките за национални набавки, со цел да се обезбеди, дека овие начела имаат практичен ефект и дека во јавните набавки се промовира пазарната конкуренција.

Јавните набавки се од клучно значење во Стратегијата за Европа 2020, како што е утврдено во Комуникацијата на Комисијата од 3 Март насловена како „Европа 2020“, („Стратегијата Европа 2020 за паметен, одржлив и инклузивен раст“), бидејќи тоа е еден од инструментите засновани на пазарот што се користи за постигнување паметен, одржлив и инклузивен раст, кој обезбедува најефикасно користење на јавните средства. Правилата за јавни набавки, кои беа усвоени во согласност со Директивата 2004/17/ЕЗ и Директива 2004/18/ЕЗ на Европскиот парламент и на Советот, имаше потреба да се ревидираат и подобрат со цел да се зголеми ефективноста на јавната потрошувачка, а особено да се олесни учеството на малите и средни претпријатија (МСП) во јавните набавки и да им се овозможи на добавувачите подобро да ги користат јавните набавки во постигнувањето на заеднички социјални цели. Исто така, ревидирањето беше од потребно заради потреба да се разјаснат основните концепти, да се обезбеди правна сигурност и да се земе предвид одредени аспекти на поврзаната, добро воспоставена судска пракса на Судот на правдата на Европската Унија.²³ Поради овие причини, Европскиот парламент и Советот на 26 Февруари 2014 година ја донесоа Директива 2014/24/ЕУ на за јавни набавки²⁴, со која беше ставена надвор од сила на Директивата 2004/18/ЕЗ и Директивата 2014/25/ЕУ за набавка на субјекти кои работат во секторите за вода, енергија и транспорт и во секторот за поштенски услуги²⁵ со која беше ставена надвор од сила на Директивата 2004/17/ЕЗ. Покрај овие две директиви, со кои беше направена ревизија на постоечките Директивата 2004/17/ЕЗ и Директивата 2004/18/ЕЗ, Европскиот парламент и Советот истовремено ја донесоа новата Директивата 2014/23/ЕУ за доделување на договори за концесија.²⁶

Овие три директиви во иднина ќе претставуваат основа за понатамошен развој на европското право во областа на јавно приватните партнерства.

²³ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC 1-3

²⁴ Ibidem.

²⁵ Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC

²⁶ Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts

Директивата 2004/18/ЕЗ официјално беше ставена надвор од сила од 18 април 2016 година²⁷, после што земјите-членки се задолжени да донесуваат закони, регулативи и административните одредби кои се потребни за усогласување со новата Директива.²⁸ Во оваа Директива утврдени се правилата за постапките за јавни набавки што ги спроведуваат јавните договорни органи во врска со јавни договори и тендери за проекти чија проценета вредност не е помала од утврдените прагови.²⁹ Во Директивата 2014/24/ЕУ е содржано општото законодавство на ЕУ кое се однесува на дефинирање на правилата за јавни набавки. Овие правила ги одредуваат процедурите кои треба да се следат и предвидува дека кога се применуваат јавните набавки за да се побараат тендери за работата што сакаат да ја извршат, тие мора да ги третираат сите кандидати подеднакво и да избегнуваат каква било форма на дискриминација. Тие исто така мора да бидат транспарентни во начинот на кој тие работат и да донесуваат одлуки. Во Директивата за јавни набавки на ЕУ опишани се отворената и ограничената постапка на доделување на договори за јавни набавки, потоа конкурентска постапка со преговарање, конкурентен дијалог, партнерство за иновации и користење на постапка со преговарање без претходна објава. Согласно одредбите од оваа Директива, критериум за доделување на договорот е најповолна поднесена понуда, особено врз основа на соодносот на најдобар квалитет *vis-a-vis* најниска цена. Овие критериуми можат да вклучат фактори како што се вкупните ефективни, квалитетни, еколошки и социјални аспекти, услови за трговија и снабдување. Со оваа Директива во законодавството на земјите-членки на ЕУ, како што спомнавме погоре, се воведува нова постапка за поттикнување на развој на иновативни производи, услуги или работи. За да се олесни учеството на малите бизниси, новите правила ги поттикнуваат јавните партнери да ги делат големите договори во поединечни делови.

Важен документ донесен од страна на Европскиот Парламент од областа на јавното приватно партнерство е Резолуцијата од 7 јули 2015 година за надворешното влијание на политиката на ЕУ во трговијата и инвестициите во иницијативите за јавно приватно партнерство во

²⁷ Член 91 од Директивата 2014/24/ЕУ.

²⁸ Во членот 90 од Директивата 2014/24/ЕУ во преодните и завршните одредби се наброени исклучоците од започнување со примена и усогласување на земјите-членки на ЕУ.

²⁹ Износот на праговите за примена на директивата е определен во членот 4 од Директивата 2014/24/ЕУ. (од 01.01.2018 година стапи во сила Делегирана регулатива на Комисијата (ЕУ) 2017/2365 од 18 декември 2017 година, за изменување и дополнување на Директивата 2014/24/ЕУ на Европскиот парламент и на Советот за праговите за примена на постапките за доделување на договори за јавни набавки, со која беа зголеми износите кои беа определени како прагови за примена на Директивата 2014/24/ЕУ).

земјите надвор од ЕУ.³⁰ Во овој документ, Европскиот Парламент на јавно приватните партнерства надвор од ЕУ гледа нови можности за вработување и раст на компаниите во ЕУ. Европскиот парламент е убеден дека со поголемо учество на компании од ЕУ во меѓународните јавно приватни партнерства, во голем обем може да доведе до значителни придобивки во поглед на создавање на достоинствени работни места, продуктивноста, конкурентноста, технолошки капацитети и развојот на иновациите во ЕУ; потсетува дека студијата на Комисијата од 2010 година под наслов „Интернационализација на европските мали и средни претпријатија“ истакнува позитивната врска помеѓу интернационализација и иновации во однос на производи, услуги и процедури. Исто така, во овој документ се истакнува дека, мора да се земат во предвид предизвиците со кои малите и средните претпријатија од лицето на ЕУ кога како дел од јавно приватно партнерство се натпреваруваат во меѓународните пазари и потребата да се обезбеди конкретна и фер пристап за мали и средни претпријатија; во оваа смисла се нагласува важноста на прецизни правила за малите и средни претпријатија да им се овозможува на кластерот или заеднички понуда и употреба на отворен и транспарентен синцирот на подизведувачи; смета дека е неопходно да се поттикне малите и средните претпријатија да се јавуваат како подизведувачи или како дел од конзорциумот да учествуваат во наддавање за договори; Понатаму Европскиот парламент потсетува на достигнувања на ЕУ кои настанале со користење на јавно приватно партнерство во развојот на инфраструктурата и водечките области на технологијата, истражување, е-учење и други сектори со висока додадена вредност, и бара од Комисијата да се утврди во кој проект постигнати се најдобри резултати во ЕУ и да се промовира учеството на сите видови претпријатија од ЕУ, особено малите и средни претпријатија, во такви иницијативи во странство.³¹

Директивата 2014/25/ЕУ на сила стапи од 18 април 2016 година, до кога земјите членки беа задолжени да ги усогласуваат националните законодавства, а започна со примена од 17 април 2014 година. Оваа Директива се однесува за Набавките на субјекти кои работат во секторите за вода, енергија и транспорт и во секторот за поштенски услуги. Во неа се дефинирани правилата за постапките за јавни набавки што ги спроведуваат договорните страни и проекти чија проценета вредност не е помала од утврдените прагови.³² Иако овие основни правила и принципи

³⁰ European Parliament resolution of 7 July 2015 on the external impact of EU trade and investment policy on public-private initiatives in countries outside the EU (2014/2233(INI)).

³¹ Ibid, стр.24.

³² Износот на праговите за примена на директивата е определен во членот 15 од Директивата 2014/25/ЕУ.

се утврдени во Директивата 2014/24/ЕУ, тие се однесуваат на секторот за вода, енергетика, транспорт и поштенски услуги, со Директивата 2014/25/ЕУ се земаат предвид специфичните карактеристики на овие сектори кои играат клучна улога за потребата на општеството. Оваа директива се однесува на јавните набавки во секторот за гас и топлинска енергија, електрична енергија и вода, кога тие се поврзани со услугата што ќе им биде дадена на јавноста и поврзана со нивното производство, пренос или дистрибуција; услуги за јавен превоз по железница, трамвај, тролејбус, автобус или жичарница; аеродроми, морски и речни пристаништа и други терминали за транспорт на воздух, море или канали; поштенски услуги и други услуги кои обезбедуваат слични услуги за јавноста, вклучувајќи и испуштање, сортирање и испорака на поштенски пратки; екстракција на нафта и гас и пребарување или ископ на јаглен или други цврсти горива.³³ Со Регулацијата за спроведување на Комисијата 2015/1986/ЕУ од 11 ноември 2015 година,³⁴ се воведоа нови стандардни форми за објавување на известувања за јавни набавки кои беа применети на сите известувања за јавни набавки до 18 април 2016 година.

И за оваа Директива и за Директивата 2014/24/ЕУ Комисијата ги испитува економските ефекти на внатрешниот пазар, особено во однос на факторите за прекугранично доделување на договори и трошоци за трансакција кои произлегуваат од примената на праговите и ќе треба да поднесе извештај до Европскиот парламент и до Советот до 18 април 2019 година.

Директивите 2004/17/ЕЗ и 2004/18/ЕЗ за јавни набавки само делумно ги опфаќаа концесиите и забележливо беше отсуството на јасни правила на ЕУ од оваа област. Последица на ова беше правната неизвесност и пречки за слободно обезбедување на услуги. Овие директиви, исто така, предизвикаа нарушувања во функционирањето на внатрешниот пазар на земјите-членки, како што е директното доделување на договори без транспарентност или конкуренција. Овој процес ризикуваше можност од фаворизирање на одредени компании, измама и корупција при доделувањето на договорите. Ова уште повеќе бидејќи јавните договори опфатени со директивите на ЕУ се проценети на 425 милијарди евра или 3,4 од БДП на ЕУ што ги прави клучни двигатели на економијата на ЕУ.³⁵ Отсуство на соодветна регулација, од областа на договорите

³³ Членови 7-14 од Директивата 2014/25/ЕУ.

³⁴ Commission Implementing Regulation (EU) 2015/1986 of 11 November 2015 establishing standard forms for the publication of notices in the field of public procurement and repealing Implementing Regulation (EU) No 842/2011

³⁵ *New rules on public contracts and concessions- Simpler and more flexible, Public procurement, A driving force for jobs and growth, for the benefit of society, marc Tarabella,*

за концесии, предизвика економска неефикасност и имаше негативно влијание врз добивање најдобра вредност за буџетските средства. Како одговор на тоа, беше донесувањето на Директивата 2014/23/ЕУ за доделување договори за концесија. Оваа Директива усвоена беше во 2012 година, а со примена започна од 17 април 2014 година. Земјите-членки на ЕУ мораа да ја транспонираат оваа директива во нивното национално законодавство до 18 април 2016 година.

Оваа Директива ги утврдува правилата за постапките за јавни набавки што ги спроведуваат јавните договорни органи и договорните органи преку концесија, чија проценета вредност не е помала од 5,225 милиони евра.³⁶ Овој праг е предмет на промена на секои две години.³⁷

Директивата се применува за доделување концесии за работи или услуги на економските оператори преку

(а) субјекти за јавни набавки или

(б) договорниот орган,

под услов работите или услугите да бидат наменети за спроведување на една од активностите наведени во Анекс II.³⁸ Во членот 10 од Директивата 2014/23/ЕУ наброени се ситуации кога оваа Директива нема да се применува при доделување на концесии од страна на јавните партнери.³⁹ Целта на правилата за доделување концесии е да се дефинира појасна законска рамка. Исто така, имаат за цел да се обезбеди ефикасно пристап на пазарот за сите економски оператори на Унијата, вклучувајќи ги и малите и средни претпријатија, како и да им се обезбеди можност за инвестиции во доделување на големи јавни услуги во иднина

Концесии во смисла на оваа Директива значат концесии за работи или концесии за услуги. Концесија за работи е договор од финансиски интерес и обезбедување склучен во писмена форма преку која договорниот субјект или повеќе ќе ги довери работите на еден економски субјект или неколку од нив со внимание кое се состои исклучиво од правото за користење на објектите кои се предмет на договорот или од тоа право и плаќање; Концесија за услуги е договор од финансиски интерес и обезбедување склучен во писмена форма преку која договорниот субјект или повеќе, довери обезбедувањето на услугите или за управување

Luxemburg, 2014, стр. 7

³⁶ Во членот 8 од Директивата 2014/23/ЕУ подетално се опишани условите за проценување на вредноста на договорите.

³⁷ Последната промена на прагот беше на 24 ноември 2015 година, кога беше донесена Делегираната уредба на Комисијата 2015/2172/ЕУ, која на сила стапи на 01 јануари 2016 година.

³⁸ Член 1 од Директивата 2014/23/ЕУ.

³⁹ За повеќе види член 10 од Директивата 2014/23/ЕУ.

со услуги кои не се предмет на еден деловен субјект или повеќе чија компензација се состои исклучиво од правото да ги користи услугите кои се предмет на договорот или од тоа право и плаќање.⁴⁰

Со донесувањето на оваа нова Директива се дефинираат правилата на Европската унија за договорни органи од јавниот сектор за јавни набавки во комуналниот сектор по пат на концесии. Новата директива создаде стабилна правна рамка за јавните власти и економските оператори, за да обезбеди недискриминација и фер пристап до пазарите и конкуренцијата на ЕУ за концесии со висока вредност. На најефикасните даватели им дава фер шанса за добивање на договори со предлагање на најдобрите понуди. Директивата ја олеснува процедурата за нови инвестиции, промовира побрзо враќање кон одржлив економски раст, придонесува за иновации и долгорочен развој на инфраструктурата и услугите и др.⁴¹ Оваа Директива е дел од пакетот законски акти дизајнирани да ги модернизират правилата за јавни набавки низ ЕУ. Реформите ќе им овозможат на јавните власти да го оптимизираат користењето на јавните набавки.

Легислативата на земјите-членки на ЕУ содржи три различни пристапи кон регулирањето на доделувањето на договори за јавно приватни партнерства:

А) држави регулирани со ЈПП со посебно законодавство (Словенија, Ирска, Германија, Грција, Полска);

Б) држави кои го регулираат ЈПП во рамките на постојното законодавство за јавни набавки (Италија, Франција, Данска) и

В) држави кои ги регулираат ЈПП според секторските прописи (Финска, Норвешка) или со еднократни одлуки (на пр. Белгија - DBFO проект - во областа на образованието).⁴²

Република Северна Македонија спаѓа во групата држави кои ја регулираат областа на јавно приватно партнерство со посебно законодавство. Без оглед на кој пристап кон јавно приватно партнерства ќе биде избран од поединечни земји, треба да се посвети внимание на законодавните области за јавно приватно партнерство, концесии, јавни набавки, сопственост, недвижниот имот, градежништвото, трговското право, извршувањето на државниот буџет, даночната политика итн.⁴³

⁴⁰ Член 5 од Директивата 2014/23/ЕУ.

⁴¹ Concession contracts - partnerships between the public sector and a private company, достапно на: https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/concessions_en

⁴² Ibid.

⁴³ Правни окvir јавно-приватног партнерства Saša Marenjak, Danijel Kušljic, str. 142

2. Институционална рамка на јавните приватни партнерства во ЕУ

Јавно приватните партнерства како модел на финансирање на проекти, не бараат задолжително формирање на посебни органи кои би имале задача да ги спроведуваат проектите кои би се реализирале преку овој модел на финансирање. Меѓутоа, треба да се земе предвид фактот дека, јавно приватните партнерства се сложени облици на финансирање на проекти, кои бараат посветеност и стручност на сите субјекти кои се вклучени во таков проект. Поради ова корисно е да бидат создадени тела, агенции, комисии и сл., или во најмала рака тимови кои би работеле во склоп на некое министерство, кои ќе имаат за цел водење на задачите за проценка, избор на модел, подготовка, оценување и спроведување на договор за јавно приватно партнерство.⁴⁴

Повеќето земји од регионот имаат воведено институционални и административни реформи за јавното управување во однос на јавните приватни партнерства, со цел да се имплементираат повеќе и подобри проекти преку јавно приватно партнерство. Сите земји од регионот, со исклучок на Црна Гора, имаат формирано институционален орган кој делува како посебно тело со задача да спроведува проекти преку јавно приватно партнерство. Органот одговорен за ваквите проекти, може да биде дел од меѓусекторско министерство (на пример, министерство за финансии или економија), основан како посебна агенција или инкорпориран ентитет кој барем делумно е во јавна сопственост.⁴⁵

Креирање на институционална рамка за јавно приватни партнерства треба да вклучи јасни насоки за спроведување на проектите, а тоа е суштински чекор кога постои ограничена експертиза за развој на проекти.⁴⁶

Според една анализа, базирана на студија за единици на јавно приватните партнерства на Европски експертски центар за ЈПП (The European PPP Expertise Centre's⁴⁷) во регионот и пошироко на ЕУ Европа

⁴⁴ The APMG Public-Private Partnership (PPP) Certification Guide, ADB, EBRD, IDB, IsDB, MIF, PPIAF and WBG 2016, Str.136

⁴⁵ PPP Legal and Institutional Frameworks in the Western Balkans, European PPP Expertise Centre, July 2014 str. 19

⁴⁶ Public-privatepartnerships, Pacific private sector Policy brief, Asian Development Bank, April 2008, Issue No. 1 str. 3

⁴⁷ Европски експертски центар за ЈПП (ЕПЕК) е формирана во 2008 година за поддршка на земјите-членки на ЕУ, земјите кандидати за членство во ЕУ и други во нивната работа за ЈПП. До денес, ЕПЕК има 41 член, вклучувајќи ги и Европската Инвестициона Банка и Европската комисија. Членовите се национални или регионални јавни власти кои се одговорни за политиката или програмите за ЈПП во земјите-членки

функциите најчесто опфатени со ЈПП единиците можат да се поделат во три главни области:

1. Поддршка и развој на политиката за ЈПП;
2. Национална / регионална програма и поддршка за испорака на проекти; и

3. Правна рамка на јавното приватно партнерство во Република Северна Македонија

3.1. Закон за концесии и јавно приватно партнерство

Низа акти ја сочинуваат правната рамка во областа на јавното приватно партнерство во Република Македонија. Првиот Закон за концесија беше објавен во Службен весник на Република Македонија број 42/1993 од 07 јули 1993 година кој стапи во сила на 15-ти истиот месец. Овој закон престана да важи на 24 април 2002 година, односно со денот на влегување во сила на новиот Закон за концесии објавен во Службен весник број 25/2002 од 16-ти април 2002 година. Овој Закон се применуваше до 23 јануари 2008 година.

Со почеток од 23 јануари 2008 година, започна да се применува Законот за концесии и други видови јавно приватно партнерство, објавен во Службен весник број 7/2008 од 15 јануари 2008 година. Во овој закон, за прв пат во нашата држава, се дава првична законска дефиниција на јавното приватно партнерство. Па така според овој закон, **други видови на јавно приватно партнерство**, се сите потфати, различни од концесија и јавни набавки, за соработка во на одредена јавна услуга.⁴⁸ Во истиот Закон дадена е и дефиниција за **Договор за јавно приватно партнерство**, односно тоа е договор од финансиски интерес склучен меѓу јавен и приватен партнер кој што за предмет има проектирање (дизајнирање), финансирање, изградба и одржување на инфраструктурни објекти, опремување и/или давање на услуги од страна на приватен партнер со цел за вршење на одредена јавна услуга.⁴⁹ Концесијата и јавното приватно партнерство можеа да се воспостават како договорно партнерство и институционално партнерство.⁵⁰

Министерот за финансии, врз основа на одредбите на Законот, а заради негово практично спроведување донесе два подзаконски

на Европската унија, земјите кандидати и некои други земји-потписнички. Во моментот Нашата држава не е членка на ЕПЕК.

⁴⁸ Член 3 став 1 т.7, Закон за концесии и други видови јавно приватно партнерство („Службен весник на Република Македонија“ Бр. 7/2008).

⁴⁹ Член 3 став 1, т.9, Закон за концесии и други видови јавно приватно партнерство.

⁵⁰ Член 4. Закон за концесии и други видови јавно приватно партнерство.

акти односно, Правилник за формата и содржината на извештајот за склучени договори за концесија/јавно приватно партнерство и за незавршени постапки за концесија/јавно приватно партнерство, со кој беше пропишува формата и содржината на Извештајот за склучени договори за концесија/јавно приватно партнерство и за незавршени постапки за концесија/јавно приватно партнерство⁵¹ и Правилник за формата и содржината на регистарот на доделени договори за концесија/јавно приватно партнерство и формата и содржината на образецот за пријавување на податоците за доделени договори за концесија/јавно приватно партнерство со кој се пропишуваше формата и содржината на регистарот на доделени договори за концесија/јавно приватно партнерство и формата и содржината на образецот за пријавување на податоците за доделени договори за концесија/јавно приватно партнерство.⁵²

Законот за концесии и други видови јавно приватно партнерство, од 2008 година, се применуваше се до 15 март 2012 година, од кога започна со примена актуелниот Закон за концесии и јавно приватно партнерство кој беше објавен во Службен весник број 6/2012 од 13 јануари 2012 година. Овој Закон имаше измени и дополнување, кои не беа од суштинска природа. Последни измени и дополнувања на Законот за концесии и јавно приватно партнерство се објавени во Службен весник на Република Северна Македонија број 153 од 26 јули 2019 година.⁵³ Владата на Република Македонија донесе на седницата одржана на 23.03.2012 година, ги донесе следните подзаконски акти: Уредба за формата и содржината на извештајот за започната, но не завршена постапка за доделување на договор за воспоставување на јавно приватно партнерство, Уредба за формата и содржината на образецот на огласот за намерата на приватниот партнер да додели договор за работи на трети страни, понатаму Уредба за формата и содржината на огласот за доделување на договор за воспоставување на јавно приватно партнерство кое се остварува како концесија за јавна работа или како концесија за јавна услуга, Уредба за содржината на физибилити студијата за оправданост на концесијата на добра од општ интерес или на јавното приватно партнерство, Уредба за содржината на договорот за воспоставување на јавно приватно партнерство и договорот за концесија на добра од општ интерес и Уредба за формата, содржината и начинот

⁵¹ Службен весник на Република Македонија бр.117/2008 од 18.9.2008 година.

⁵² Објавен во Службен весник на Република Македонија број 163/2008 од 26.12.2008 година.

⁵³ Закон за изменување и дополнување на Законот за концесии и јавно приватно партнерство „Службен весник на Република Северна Македонија“ број 153 од 26 јули 2019 година.

на водење на регистарот на доделени договори за воспоставување на јавно приватно партнерство и за формата и содржината на образецот на податоци за доделени договори за воспоставување на јавно приватно партнерство. Сите овие подзаконски акти се објавени во Службен весник на Република Македонија број 44/2012 од 30 март 2012 година.

3.1.1. Предмет на Законот за концесии и јавно приватно партнерство

Предмет на Законот за концесии и јавно приватно партнерство е уредување на доделувањето на концесија на добра од општ интерес и договор за воспоставување на јавно приватно партнерство, правната заштита за секое лице кое има или имало интерес за добивање на таков договор и кое ризикувало или ризикува да биде оштетено во постапката за доделување на таков договор, како и други прашања во врска со концесиите на добра од општ интерес и договорите за воспоставување на јавно приватно партнерство.⁵⁴

3.1.2. Цел на донесувањето на Законот за концесии и јавно приватно партнерство

Целта на овој закон е да овозможи ангажирање за финансирање на концесија на добра од општ интерес и договор за воспоставување на јавно приватно партнерство врз основа на начелата на еднаквост, транспарентност, недискриминација, пропорционалност, меѓусебно признавање, заштита на животната средина и ефикасност во постапката за склучување на договор за концесија на добра од општ интерес и договор за воспоставување на јавно приватно партнерство, како и квалитетно и ефикасно вршење на работите и услугите од склучениот договор за концесија и договорот за воспоставување на јавно приватно партнерство.

Практично од самата цел произлегуваат и начелата на Законот. Начелата за ефективна примена на јавното приватно партнерство се засноваат на политичките и развојните приоритети кои се основа на стратешка рамка за развој на ЈПП. Тоа е област каде се среќаваат два важни сегменти во економијата, од една страна јавниот сектор како клиент кој треба да го оствари тоа трошење даночни пари, односно исплатувачот дејствува по принципот „best value for money“, а од друга страна, приватниот претприемачки сектор кој е во овој процес иницијатор

⁵⁴ Член 1 Закон за концесии и јавно приватно партнерство

за економскиот развој како понудувач.⁵⁵

Во Законот за концесии и јавно приватно партнерство согласно член 8 постапката за доделување на концесија на добра од општ интерес и договор за воспоставување на јавно приватно партнерство се спроведува во согласност со начелата на транспарентност, недискриминација, пропорционалност, ефикасност, еднаков третман и меѓусебно признавање.⁵⁶ Исто така, тука треба да се споменат и останатите начела на кои се заснова јавното приватно партнерство како што се начелото на заштита на јавниот интерес, начелото на конкуренција, начелото на слобода на договорот и начелото на заштита на животната средина.

Главен предуслов за успешно спроведена постапка за воспоставување на јавно приватно партнерство е задолжително почитување на основните начела пропишани согласно законската регулатива. **Останати прописи за спроведување на Законот за концесии и јавно приватно партнерство**

3.2.1 *Закон за јавни набавки*

Законот за концесии и јавно приватно партнерство упатува на примена на одредбите од Законот за јавните набавки кои се однесуваат на постапките за доделување на договори за јавна набавка на работи и договори за јавна набавка на услуги. Овие одредби соодветно ќе се применуваат и на постапките за доделување на договори за воспоставување на јавното приватно партнерство.⁵⁷ Доколку се земе предвид фактот дека постапката за доделување на договорите за јавно приватно партнерство претставува сложен систем, кој вклучува многу засегнати страни од јавниот и од приватниот сектор, кој содржи бројни постапки низ кој се трошат многу јавни средства. Од друга страна, системот на јавните набавки се базира врз начелата на јавност и транспарентност, еднаков третман на економските оператори и рационално користење на јавните средства, со што ќе се добие најдобра вредност за потрошените пари. Примената на постапката за вршење јавни набавки, која се уредува со Законот за јавните набавки при доделување на договорите за јавно приватно партнерство е најсоодветна токму од овој аспект - зголемување на нивото на сигурност, транспарентност и контрола при доделувањето на овие договори.

Гледано историски наназад, Законот за јавни набавки е менуван неколку пати. Првиот закон за Јавни набавки беше донесен во 1998 година и објавен во „Службен весник на Р. Македонија бр. 26/98 од 12 јуни

⁵⁵ Dr. sc. Ivana Barković, Marijana Širić, univ. spec. oec.: Uloga i značaj javno-privatnog partnerstva u Republici Hrvatskoj: izabrani primjeri, str. 187

⁵⁶ Член 8 Закон за концесии

⁵⁷ Член 15 став 1 Закон за концесии и јавно приватно партнерство

1998 година и се применуваше до 07 април 2004 година, кога започна со примена Законот за јавните набавки објавен во „Службен весник на Р. Македонија“ бр. 19/04 од 30 април 2004 година и беше во примена до 20 ноември 2007 година.

Во 2007 година беше донесен нов Закон за јавните набавки, кој започна да се применува од 1 Јануари 2008 година. Истиот се базираше на Директивите за јавни набавки на Европската Унија од 2004 година кои беа актуелни во тој период и беше со висок степен на усогласеност. Во меѓувреме, беа донесени бројни измени и дополнувања на законот кои, според оценката на Европската комисија, истиот го оддалечија од европското законодавство во оваа област.⁵⁸ Во меѓувреме беа донесени веќе споменатите нови Директиви за јавни набавки во класичниот јавен сектор 2014/24/ЕУ и во секторските дејности 2014/25/ЕУ.

Со цел усогласување со Директивата за јавни набавки во класичниот јавен сектор 2014/24/ЕУ, Директивата за јавни набавки во секторските опфатени дејности 2014/25/ЕУ, доусогласување со Директивата за правни лекови во постапките за јавни набавки 2007/66/ЕК, воведување нова форма на управна контрола според искуствата во одредени европски земји, поедноставување на постапките и зголемување на транспарентноста, беше донесен новиот Закон за јавните набавки кој влезе во сила на 9 февруари 2019, а започна со примена од 1 Април 2019 година. Законот е објавен во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 24/2019 од 1 февруари 2019 година.

Покрај законот, правната рамка која го уредува системот на јавните набавки содржи повеќе подзаконски акти кои ги носи Владата на Република Македонија и министерот за финансии.⁵⁹

⁵⁸ Од Извештајот за проценка на влијанието на регулативата, Министерство за финансии, 05.02.2018 год.

⁵⁹ Во „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 64/19 објавени се следните подзаконски правни акти: Правилник за формата и содржината на барањето на мислење за спроведување на постапка со преговарање без објавување на оглас; Правилник за содржината на записникот од извршената управна контрола; Правилник за начинот на избор на постапките за јавни набавки кои ќе бидат предмет на управна контрола, како и за начинот на вршење управна контрола; Правилник за начинот на водење евиденција на постапките за јавни набавки, како и содржината на евидентната книга; Правилник за формата, содржината како и начинот на изготвување на годишниот план за јавни набавки; Правилник за видовите на посебни услуги кои се предмет на договорите за јавни набавки на услуги; Правилник за програмата за едукација, планирањето, начинот на спроведување на едукацијата и испитот, начинот на издавање и продолжување на важноста на потврдата за положен испит за лице за јавни набавки; Тарифник за висината на надоместоците за едукација за јавни набавки; Правилник за начинот на користење на Електронскиот систем за јавни набавки и Тарифник за висината на надоместоците за користење на Електронскиот систем за јавни набавки.

3.2.2 *Останати прописи*

Покрај овие закони, јавно приватното партнерство индиректно е регулирано и со Законот за установите.⁶⁰ Уште во поимникот на Законот дефинирани се поимите кои се во врска со оваа материја. Така, договор за заедничко основање на установа е договор склучен помеѓу два или повеќе соосновачи на установа со кои се уредуваат меѓусебните односи на соосновачите. Со ова законодавецот остава можност за склучување на класичен договор за јавно приватно партнерство во вршењето јавни услуги „интересно или функционално поврзување е поврзување на установи од иста или сродна дејност заради заедничко вршење на основната дејност или заради остварување на пропорционално и економично вршење на основната дејност, а ова би значело можност за здружување на приватна и јавна установа заради целите кои се вообичаени за склучување на ЈПП. Согласно одредбите на овој Закон, мешовита установа е установа основана со средства во државна или локална сопственост и средства на домашно или странско правно и физичко лице или установа основана со средства во државна или локална сопственост во која се вложени приватни средства при што се остава простор за здружување на средства за формирање на установа која дава јавни услуги, или соосновач на установа е домашно и странско правно и физичко лице кое е соосновач на установа во основање, соосновач на веќе основана установа или стекнал удел во основана установа во постапка на сопственичка трансформација, што претставува видови и начини на приватни вложувања во јавна установа.⁶¹ Од аспект на Законот за Концесии и јавни приватни партнерства ова претставува институционално јавно приватно партнерство. Исто така, во овој Закон се предвидува можност за основање на приватна установа, што исто така претставува вид на јавно приватно партнерство кога приватниот основач врши јавна дејност за која добил овластување од јавниот субјект.⁶² И во овој случај може да се каже дека станува збор за институционално јавно приватно партнерство во смисла на важечкиот Закон за концесии и јавно приватно партнерство.

⁶⁰ Законот за установите е објавен во Службен весник на Република Македонија број 32/2005 од 2005 година

⁶¹ Деловно право, Јавно – приватно партнерство во вршењето јавни услуги во Република Македонија – нормативна рамка и реални состојби, Проф. Д-р Борче Давтковски, Проф. Д-р Ана Павловска – Данева, Скопје 2010, стр.540, 541

⁶² Ibid

4.2 Институционална рамка рамка на јавното приватно партнерство во Република Северна Македонија

Имајќи ја предвид моменталната состојба во правната рамка во нашата држава, постојат четири релевантни институции кои имаат надлежности во областа на јавното приватно партнерство. Кај нас, институционалната рамка се состои од институции кои имаат различни функции во уредувањето на оваа област. Дел од институциите имаат централна функција во уредување на системот на јавните набавки, дел имаат советодавна и контролна функција, а дел од институциите имаат надлежност од доменот на функционирањето на системот на јавните набавки.

4.1 Министерството за економија - надлежен орган за јавно приватно партнерство

Министерството за економија е надлежен орган за јавното приватно партнерство со централна функција во уредувањето на оваа област. Основна надлежност на Министерството е да развива и спроведува мерки и активности со цел за постигнување и одржување на целосно транспарентен и ефикасен систем за јавно приватно партнерство, Министерството покрај ова, има надлежност и да го води и одржува Регистарот за доделените договори за воспоставување на јавно приватно партнерство, но и потоа да изготвува предлози за измени на прописите од областа на јавно приватно партнерство и да дава инструкции за имплементирање на Законот за концесии и јавно приватно партнерство. Друга надлежност на Министерството е да организира и реализира едукација и обука од областа на јавно приватно партнерство за сите учесници во процесот, да следи, анализира и дава стручна помош и мислење во делот на спроведување на постапките, понатаму, да следи, анализира и ги проучува актуелните европски и светски тенденции, знаења и искуства во областа на јавното приватно партнерство и да врши и други работи и задачи поврзани со јавното приватно партнерство.

4.2 Совет за јавно приватно партнерство

Советот за јавно приватно партнерство е втората по важност институција која има надлежност за спроведување на проекти од областа на јавното приватно партнерство. Советот има советодавна улога на Владата на Република Северна Македонија, во оваа област, а

меѓу другото и врши промоција на јавно приватно партнерство, предлага проекти за јавно приватно партнерство и дава иницијатива со предлози за измени на прописите од оваа област. Советот за јавно приватно партнерство е основан од Владата на Република Северна Македонија и е составен од 15 члена, со мандат од четири години, од кои еден е претседател и еден заменик-претседател на Советот. Членови на Советот се претставници од Министерството за економија, Министерството за финансии, Министерството за транспорт и врски, Министерството за здравство, Министерството за образование и наука, Министерството за земјоделство, шумарство и водостопанство, Министерството за животна средина и просторно планирање, Министерството за култура, Генералниот секретаријат на Владата на Република Северна Македонија - Кабинет на заменик-претседателот на Владата задолжен за економски прашања и за координација со економските ресори, Бирото за јавни набавки, ЗЕЛС, бизнис заедницата, како и независни експерти особено од областа на економијата и правото, имајќи ја предвид соодветната и правичната застапеност на сите национални и етнички групи во Република Северна Македонија. За својата работа Советот донесува Деловник.

4.3 *Биро за јавни набавки*

Бирото за јавни набавки е централна институција која е задолжена за следење на функционирањето на системот на јавни набавки. Бирото за јавни набавки е орган на државната управа во состав на Министерството за финансии, кој има својство на правно лице. Бирото за јавни набавки ги извршува работи во врска со развојот на системот на јавните набавки, како и обезбедувањето рационалност, ефикасност и транспарентност во спроведувањето на јавните набавки. Покрај ова, Бирото за јавни набавки управува, развива и унапредува со Електронскиот систем за јавни набавки, го следи и анализира спроведувањето на Законот и другите прописи за јавни набавки, функционирањето на системот на јавните набавки и иницира промени за подобрување на системот на јавните набавки, потоа иницира предлози за донесување законски и други акти од областа на јавните набавки до министерот за финансии, изготвува прирачници и брошури за правилата за јавни набавки, подготвува модели на тендерска документација и модели на формулари за постапките за јавни набавки, развива нови електронски алатки за зголемување на транспарентноста, ефикасноста и економичноста на постапките за јавни набавки, управува со базата на податоци од постапките за јавни набавки и истата ја прави достапна до јавноста преку ЕСЈН, организира и врши

обука за едукација на службеници и на други стручни лица во врска со јавните набавки, ги обработува и анализира податоците за јавни набавки и подготвува статистички извештаи и др.⁶³ Од доделените законски надлежности, произлегува дека главните функции на Бирото за јавни набавки се регулаторна и советодавна функција, функција на следење, собирање, обработка и анализирање на податоците за јавни набавки и подготовка на статистички извештаи, оперативно-развојна функција, функција за соработка со меѓународни институции и други странски субјекти за работи поврзани со развојот на системот на јавни набавки и спроведување обуки.⁶⁴ Бирото тесно соработува со Министерството за финансии, во чиј состав е од организациски аспект. Со работата на Бирото раководи директор кој го претставува Бирото, организира и обезбедува законито и ефикасно вршење на работите и задачите и презема мерки во надлежност на Бирото согласно со закон. Директорот го именува и разрешува Владата на предлог на министерот за финансии, со мандат од четири години.

Покрај овие институции, во спроведувањето на постапките за доделување на договори за јавно приватно партнерство, свои надлежности имаат и Државниот завод за ревизија, Државната комисија за спречување на корупцијата, Комисијата за заштита на конкуренцијата и др.

4.4. Државна комисија за жалби по јавни набавки

Државната комисија за жалби по јавни набавки е централната институција за контрола во постапките за јавни набавки преку системот на правна заштита. Државната комисија е орган кој е основан согласно Законот за Јавните набавки. Државната комисија меѓу другото има надлежност за решавање по жалби во постапките за доделување договори за концесии и јавно приватно партнерство.⁶⁵ Како што споменавме, Законот за концесии и јавно приватно партнерство упатува на Законот за јавните набавки за обезбедување на правото на жалба.⁶⁶ Државната комисија има надлежност да одлучува за законитоста на дејствијата и пропуштањата за преземање дејствија, како и на одлуките како поединечни правни акти

⁶³ Надлежностите на Државната комисија за жалби по јавни набавки се таксативно се наброени во член 45 од Законот за јавните набавки Службен весник на Република Северна Македонија бр.24/2019 од 1 февруари 2019 год.

⁶⁴ <http://www.bjn.gov.mk/za-nas/>

⁶⁵ Надлежностите на Државната комисија за жалби по јавни набавки се определени во член 130 од Законот за јавните набавки Службен весник на Република Северна Македонија бр.24/2019 од 1 февруари 2019 год.

⁶⁶ Види член 54 ЗКЈПП

донесени во постапката за доделување на договор за јавно приватно партнерство. Оваа Комисија одлучува и за други барања кои во жалбената постапка е дозволено да ги поднесат странките во постапката. Државната комисија е државен орган кој е независен и самостоен во својата работа и има својство на правно лице. Државната комисија има стручна служба, со која раководи генерален секретар на Државната комисија кој учествува и на седниците на Државната комисија без право на глас. Државната комисија се финансира од Буџетот на Република Македонија. Државната комисија е составена од претседател и четири члена кои функцијата ја извршуваат професионално, со полно работно време и не можат да имаат друга функција и да бидат вработени на друго работно место.

Оваа комисија веќе е развиена како независна институција, за правна заштита и обезбедува брза, објективна и ефикасна правна заштита во постапките за доделување на договори за јавно приватни партнерства. Правната заштита од страна на Комисијата е обезбедена во сите фази на постапката, од објавата на огласот до доделување на договорот. Државната комисија за жалби по јавни набавки нема заостанати нерешени предмети, работи на транспарентен начин со јавно објавување на веб страната на сите предмети и одлуки по кои постапила.

5 Заклучок

Поаѓајќи од обврските на Република Северна Македонија содржани во Спогодбата за стабилизација и асоцијација, се јави потребата од усогласување на прописите за јавни набавки со актуелните европски директиви во оваа област. Како што веќе споменавме, позитивната правна рамка во Северна Македонија, од областа на јавното приватно партнерство во целост е усогласена со европското законодавство. Ова, особено со воведувањето на економски најповолната понуда како критериум за доделување на договорите, согласно последните директиви од 2014 година. Преку воведувањето на критериумот економски најповолна понуда за доделување на договорите, ќе се отстранат негативните ефекти од користењето на критериумот најниска цена.

Новиот Закон за јавни набавки, содржи решенија кои ќе ги заштитат правата на работниците кои учествуваат во извршувањето на договорите за јавна набавка, како и подизведувачите. Исто така, се воведоа одредби кои се однесуваат на вклучување на социјални аспекти во постапките за јавни набавки. Со последните измени на законот беа воведени и низа мерки кои ги подобруваат условите за вклученост на малите и средни претпријатија во јавните набавки. Оваа измена беше од исклучителна важност, бидејќи

преку поголема застапеност на малите и средни претпријатија, се зголемува конкуренцијата на приватни партнери. Со донесувањето на новиот Закон за јавни набавки беа поедноставуваат постапките за јавни набавки со пониска вредност, преку воведување на постапки за набавка, како набавка од мала вредност, електронски пазар за мали јавни набавки и поедноставена отворена постапка. Преку оваа измена, индиректно се овозможи разграничување на постапките за јавно приватно партнерство, од традиционалните постапки за јавни набавки, бидејќи постапките за јавно приватно партнерство се од голема вредност и нивното извршување нема да се спроведува преку овие постапки. Исто така, со новиот Закон за јавни набавки се превидени и низа на антикорупциски правила и правила со кои ќе се спречи судирот на интереси при вршење на јавните набавки.

Важно за правната и институционалната рамка на јавното приватно партнерство во македонското законодавство е да се спомене дека Законот за концесии и јавно приватно партнерство обезбедува високо ниво на усогласеност со Директивите на ЕУ од оваа област. Покрај овој Закон, речиси целосна усогласеност со европските Директиви обезбедена е и со донесувањето на новиот Закон за јавните набавки. Донесувањето на новиот Закон за јавни набавки придонесе за поедноставување на постапките за јавни набавки со пониска вредност, пред се преку воведување на постапки за набавка од мала вредност, постапката за електронски пазар за мали јавни набавки и поедноставена отворена постапка. Со овие измени, индиректно се овозможи разграничување на постапките за јавно приватно партнерство, од традиционалните постапки за јавни набавки, бидејќи постапките за јавно приватно партнерство се од голема вредност и нивното извршување нема да се спроведува преку овие постапки. Исто така, со последниот Закон за јавни набавки се превидени и низа на антикорупциски правила и правила со кои ќе се спречи судирот на интереси при вршење на јавните набавки.

Во поглед на институционалната рамка која е воспоставена во нашето позитивно право, важно е да се спомене дека Министерството за економија како прв надлежен орган за јавното приватно партнерство, со централна функција во уредувањето на оваа област не се посветува доволно за извршување на надлежностите кои произлегуваат од Законот за концесии и јавно приватно партнерство. Министерството за економија недоволно развива и спроведува мерки и активности за постигнување и одржување на целосно транспарентен и ефикасен систем за јавно приватно партнерство. Исто така, обуките од областа на јавно приватно партнерство за сите учесници во процесот, се сведени на минимум, а регистарот за доделените договори за воспоставување на јавно приватно

партнерство не се води преку посебен софтвер, туку во Excel табела, која е поставена на веб страната на Министерството за економија. Слична е состојбата и со Советот за јавно приватно партнерство. Овој Совет не функционира во целост, не работи на транспарентен начин, не одржува редовни сеници, барем нема јавно достапни информации за неговата работа или со други зборови, потреба на драстична промена за да има нормално функционирање кај оваа институција.

Генерално, правната рамка за регулирање на јавното приватно партнерство е хармонизирана со правниот систем на Европската Унија (acquis communautaire), меѓутоа, во најскоро време треба да претрпи промени во делот на доделување на овластувања и функционирањето на институциите кои се надлежни за спроведување на Законот за концесии и јавно приватно партнерство, со цел овој начин на финансирање, да има поголема примена во реализација на идните значајни за капитални проекти.

Урамнотежена и усогласена правна рамка со сигурност ќе обезбеди ефикасен и функционален пристап до пазарот за сите приватни партнери за вложување во капитални проекти преку моделот на јавно приватно партнерство. Ваква усогласена рамка, ќе обезбеди и правна сигурност за сите чинители во процесот, вклучително и меѓународните економски оператори за понатамошно вложување во изградба или реконструкција на инфраструктурни проекти во нашата држава.

Aleksandar Jovanovski, LLM
PhD candidate, Faculty of Law Iustinianus Primus UKIM Skopje
aleksandarjovanovski3@gmail.com

LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF THE PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP

Abstract: *The analysis and elaboration of the legal and institutional framework of public private partnerships is important because in order to implement agreement for private partnership it should be complied with positive legal regulation. Keeping in mind that our country is committed to full EU membership, and at the same time taking into account the fact that public private partnerships are the most common in EU, the text that follows will be devoted to the analysis of the existing EU and our country legislation in relation to public-private partnerships. For direct implementation and regulation of public-private partnerships projects, there are not specific legal regulations in EU. EU member states align their legislations with the legal acts (regulations and directives, decrees, decisions, opinions, recommendations, etc.) adopted by the EU institutions. The legal framework in the field of public private partnerships in our country consists of series of acts, which are mostly harmonized with the EU legislation. Besides the analysis of legal framework, institutional framework will be developed as well, which plays a key role in the implementation of the laws and bylaws in the area of public private partnership.*

Key words: *Public Private Partnership, legal framework, institutional framework*

ЗАБРАНА МУЧЕЊА ОСУМЊИЧЕНОГ У МЕЂУНАРОДНОПРАВНОЈ РЕГУЛАТИВИ И ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

UDC: 343.412:351.74]:645.5(44)
Original Research Paper

***Апстракт:** Како се забрана мучења, свирепог, нечовечног или понижавајућег поступања и кажњавања, афирмише као основни постулат правних система демократских, савремених држава, односно, представља међународни стандард апсолутног карактера, на ком почивају кривичноправни системи савремене друштвене заједнице, од изузетног значаја је приказати нормативну еволуцију ове забране, која је текла у зависности од степена развијености свести једног друштва о друштвено опасном понашању и његовим последицама. Имајући у виду да су технике мучуња и те како коришћене у одређеним кривичним поступцима од стране истражних органа, првенствено у циљу добијања признања (признање као *regina probandum*), аутор настоји да, осврћући се на два водећа кривична поступка, акузаторски и инквизиторски, прикаже на који начин је данас нормирана забрана таквих врста понашања којима се повређује право на физички и психички интегритет и право на људско достојанство, на међународном нивоу.*

Стога, у раду ће, поред основних решења међународноправне регулативе бити представљена и пракса Европског суда за људска права, када је у питању повреда члана 3. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Наведено ће се превасходно односити на повреду овог члана од стране полиције, имајући у виду да је тај орган јавне власти данас у највећој опасности да прекорачењем својих законских овлашћења, радњама процесне принуде, учини повреду наведеног члана.

***Кључне речи:** забрана мучења; међународноправна регулатива; Европски суд за људска права; полиција.*

* Министарству унутрашњих послова Републике Србије, Докторант Правног факултета Универзитета у Новом Саду

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Забрана оних понашања која за последицу непосредно имају повреду психичког и физичког интегритета као и права на људско достојанство, нарочито од стране органа државне власти, у процесне сврхе, свје упориште налази тек након „подизања свести друштва“ о штетности и нехуманости таквог понашања, имајући у виду да је „доба инквизиције“ синоним за примену тортуре у процесне сврхе, првенствено у циљу добијања признања.

Наиме, у оптужном, акузаторском кривичном поступку, као најстаријем кривичном поступку, мучење као начин долажења до признања окривљеног лица, није коришћено, имајући у виду превасходно његове основне карактеристике:¹ засебни процесни субјекти – тужилац, окривљени и суд, што за последицу има *немогућност да суд води поступак без захтева овлашћеног тужиоца*²; тзв. доказни „двобој“, односно процесни „дуел“ странака (пред поротом која је сачињена од обичних грађана и која одлучује о суштинском питању кривичне процедуре, односно о томе да ли је доказана кривица) који карактерише пасивна³ улога суда (чија се улога сводила на поштовање процесних правила од стране странака, те на изрицање кривичне санкције уколико би порота утврдила да постоји кривица).⁴ Међутим, касније, након подизања свести друштва о борби против друштвено штетних понашања, дошло је до одређених промена, али ипак не оних које ће знатно појачати улогу органа

¹ Имајући у виду да је сам процесни положај окривљеног био повољнији од положаја тужиоца као противне странке, да је једина дужност окривљеног била да се упусти у кривични поступак (конкретизација ове дужности огледала се у обавезности одазивања окривљеног на позив суда, ради изношења става о основаности оптужбе), да је изјашњење окривљеног о наводима тужбе било неопходно (јер се пресуда за велики број кривичних дела није могла донети без изјашњавања окривљеног о својој одговорности), и на послетку да је, осим наведене дужности, *окривљени био ослобођен свих обавеза у погледу доказивања чињеница релевантних за утврђивања одговорности*, евидентно је да се технике мучења нису користиле у процесне сврхе. Саша Кнежевић, „Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку“, Ниш 2007, 21.

² Снежана Бркић, „Кривично процесно право II део“, Нови Сад 2016, 23.

³ Разлози за то односили су се на слабост државног апарата који је био неразвијен у том добу и неефикасан, те се кривични прогон морао препустити оштећеном и његовом племену, роду. Тек са идејом апсолутне власти монарха, дошло је до неспојивости приватног карактера кривичног прогона. Иштван Фејеш, „Ток кривичног поступка према Законику *Constitutio Criminalis Theresiana*“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, Нови Сад 2013, 173-194.

⁴ Милан Шкулић, „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *Crimen*, 2/2013, 176-234.

државне власти, будући да је поред оштећеног као јединог овлашћеног тужиоца, сваки члан друштва (*quivis ex populo*), могао поднети тзв. *популарну тужбу*, одакле произлази да је оптужба заправо добила обележје „друштвене функције“⁵, али и даље се кривични поступак није покретао *ex officio*.

Заснован на идеји мучења, која се прихвата као основни, неопходан инструмент за „спровођење кривичног поступка“, инквизиторски кривични поступак, даје најупечатљивије примере процесне тортуре од 12 до 17 века.⁶ Овај поступак са собом доноси драматичну промену положаја окривљеног у кривичном поступку, будући да у њему суд делује у „јавном интересу“ (за разлику од некадашњег схватања кривичног дела као „приватне ствари појединца“ у акузаторском кривичном поступку⁷), *јавни интерес је да се осуди стварни учинилац*, а окривљени је имао дужност да сарађује са судом и својим признањем допринесе утврђивању истине.⁸ Пошто директних доказа у већини случајева није било, било је неопходно прописати додатни механизам за њихово прибављање. Најједноставнији начин за то било је „натерати окривљеног да призна“.⁹ Инквизиторски поступак, како је сматрано, боље је прилагођен потребама друштвене репресије, имајући у виду његову основну карактеристику: коришћење мучења у циљу добијања признања.¹⁰ Према закону о доказима из римских канона, суд би у случајевима тешких кривичних дела осудио оптуженог само по сведочењу два очевица или по његовом признању¹¹, те „кад год је било неких сумњи да је оптужени починио

⁵ „A history of continental criminal procedure“, The continental legal history series, Boston 1913, chp. 1, page 4.

⁶ Радмила Драгичевић-Дичић, Иван Јанковић, „Спречавање и кажњавање мучења и других облика злостављања“, Београд 2011, 28.

⁷ Милан Шкулић, Татјана Бугарски, „Кривично процесно право“, Нови Сад 2015, 42.

⁸ Наиме, како су докази били недоступни, од дванаестог до осамнаестог века, европски правници су се у великој мери ослањали на признања која су добијена тортуром. Мучење је било тако распрострањено да је представљало „краљицу доказа – *regina probandum*“. Matthew Lippman, „The Development and Drafting of the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Boston College International & Comparative Law Review*, 2/1994, 275-335.

⁹ Иштван Фејеш, „Хуманизована тортура Законика Constitutio Criminalis Theresiana, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015., стр. 1539-1570. стр.

¹⁰ „A history of continental criminal procedure“, The continental legal history series, Boston 1913, chp. 1, page 8.

¹¹ Признање изнуђено тортуром је бележено у записник. Након дан-два, на поновном саслушању, окривљеном је записник прочитан и позван да га потврди. Ако је окривљени то учинио, ова потврда се сматрала „*слободно датим признањем*“. Тортура је због тога доводила до честих погрешних осуда на основу изнуђених лажних признања, масивних злоупотреба и безграничне судске самовоље. И. Фејеш (2015), 1539-1570.

злочин, у случају да ниједан сведок није био доступан, а оптужени је одбијао да призна¹², суд би могао наредити испит под мучењем“.¹³

У односу на чињеницу да се тортура широко примењивала у континенталним европским земљама, првенствено у циљу добијања признања, заузима се становиште да је „мучење савршен инструмент за ослобађање криминалца који је довољно јак да толерише бол мучења и осуђује невиног који је слаб за патњу“¹⁴ Тако је фундаментална критика мучења дошла с филозофијом просветитељства и филозофијом оријентисаном на људска права у 17. и 18. веку. Идеја да држава има апсолутну моћ над појединцем више није могла остати прихваћена. Појединац добија неотуђива права која држава углавном не може да нападне. С обзиром на ове критике, мучење је крајем 17. века, постепено укидано у континенталним европским земљама.¹⁵

Укидање мучења заживело је првом половином XVIII века, а међу првим државама које су га укинуле биле су Пруска – 1754. године и Аустрија - 1769–1776. године. Француска је то учинила непосредно пред Револуцију - 1780–1788 године. Овај пример следовале су многе друге државе, као што су Норвешка – 1819. године, Португал - 1826. године и Грчка - 1827. године. Наравно, процес аболиције није био ни брз ни једносмеран, па је у појединим земљама тортура укидана и поново увођена. На пример, Швајцарска је укинула тортуру још 1798, међутим, касније је ипак „повраћена“ да би је потом, опет, постепено укидали поједини кантони, као што је Базел 1850. године.¹⁶

ЗАБРАНА МУЧЕЊА У МЕЂУНАРОДНОПРАВНОЈ РЕГУЛАТИВИ

Први правни инструмент (Уједињених нација) којим се забрањује мучење, свирепост, нечовечно или понижавајуће поступање, јесте Универзална декларација о људским правима¹⁷ из 1948. године. Наведену

¹² Пошто је у највећем броју случајева било немогуће прибавити два сведока или добровољно признање окривљеног, установа тортуре је фактички постала централна установа овог доказног система. И. Фејеш (2015), 1539-1570.

¹³ Joachim Herrmann, “Implementing the Prohibition of Torture on Three Levels: United Nations - Council of Europe – Germany”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, no 8, 2007, 299-306.

¹⁴ Како је тврдио Cesare Beccaria, познати италијански правник и филозоф, 1764. године. Вид. J. Herrmann, 299-306.

¹⁵ J. Herrmann, 299-306.

¹⁶ Иван Јанковић, „Забрана злостављања – приручник за полицију и затворско особље“, Београд 2010, 29.

¹⁷ Усвојена од стране Генералне скупштине Уједињених нација, 10. децембра 1948. године. Universal Declaration of Human Rights, <http://www.un.org/en/universal-declaration->

забрану, Декларација прокламује чланом 5 на начин да „Нико не сме бити подвргнут мучењу или свирепом, нечовечном или понижавајућем поступку или кажњавању“.

Како сва права садржана у Универзалној декларацији, даље подлежу детаљнијим разрађивањима међународним актима, тако је одредба Универзалне декларације која *забрањује мучење*, пре свега афирмисана у Међународном пакту о грађанским и политичким правима,¹⁸ који онемогућава дерогирање наведене норме будући да је ова забрана апсолутног карактера, што значи да се од ње не може одступити ни у ком случају (иако је могућност одступања од права гарантованих овим актом, постављена у изузетним случајевима).¹⁹

Оно што је претходило једном од најзначајнијих аката УН у борби против тортуре (о којем ће у даљем тексту бити више речи) јесте Декларација о заштити свих особа од подвргавања мучењу или другом окрутном, нељудском или понижавајућем поступању или кажњавању²⁰. Наиме, наведени правни акт је резултат иницијативе шведске владе (с обзиром на то да је торура и даље била присутна у многим земљама), те је Генерална скупштина 1975. године усвојила наведену декларацију, која је била необавезујући инструмент, али је *први пут* дефинисан сам концепт, односно појам мучења.²¹

Начела која данас представљају основ у борби држава против мучења и самим тим заштите људског достојанства, датирају из овог human-rights/, 15.10.2018.

¹⁸ Међународни пакт о грађанским и политичким правима, усвојен од стране Генералне скупштине Уједињених нација 1966. године, чланом 7 прокламује да „Нико не може бити подвргнут мучењу нити окрутном, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању. Посебно је забрањено подвргавање неког лица медицинским или научним експериментима без његовог слободног пристанка“. Даље, од изузетног значаја је навести одредбе члана 10, става 1 наведеног акта, који прописује начин поступања са лицима лишеним слободе, наводећи да се са таквим лицима мора „поступати човечно и с поштовањем урођеног достојанства људске личности“. Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 7/71.

¹⁹ Упркос јасном консензусу у корист забране мучења, вишегодишњи проблем с којим се суочавала међународна заједница је слабост ових прописа у пракси. Жеља међународне заједнице да спроведе усклађеност са очекивањима људских права путем централизованих, бирократских агенција Уједињених нација имала је ограничену ефикасност у настојањима да се контролише и елиминише мучење широм света. Winston P. Nagan, Lucie Atkins, “The International Law of Torture: From Universal Proscription to Effective Application and Enforcement”, *Harvard Human Rights Journal*, 2001, 87-121.

²⁰ *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Adopted by General Assembly resolution 3452 (XXX) of 9 December 1975*, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/declarationtorture.aspx>, 02.10.2018. године.

²¹ J. Herrmann, 299-306.

акта, будући да је још тада прописивана потреба да државе потписнице предвиде у својим националним правним инструментима да „сваки чин мучења или другог окрутног, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања представља кривично дело“, затим, „да се од забране мучења не може одступати ни у изузетним ситуацијама“²², а потом да се „искказ добијен мучењем не може користити као доказ“.²³

На тај начин, у оквиру Уједињених нација, усвојена је Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских и понижавајућих казни и поступака²⁴, као даљи начин борбе против оних облика људског понашања која непосредно крше права појединца на психички и физички интегритет и људско достојанство. Наравно, како овако прокламована права не би остала „мртво слово на папиру“, било је неопходно установити, образовати тело које ће вршити надзор, контролу над спровођењем наведене конвенције, односно „пратити примену конвенције“, те је наведеном конвенцијом УН против тортуре основан Комитет против тортуре²⁵, чија је надлежност јасно назначена.

Конвенција, првенствено даје дефиницију тортуре²⁶ на начин да тортурa „означава сваки акт којим се једној особи намерно наноси бол или тешка телесна или душевна патња да би се од те особе или неке треће особе добиле информације или признања, или да би се та особа казнила за дело што га је она или нека трећа особа починила или за чије је извршење

²² „Ниједна држава не може дозволити или толерисати мучење или друго окрутно, нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање. Изузетне околности као што су ратно стање или претња ратом, унутрашња политичка нестабилност или било која друга јавна опасност, не могу се позивати као оправдање за мучење или друго окрутно, нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање“, члан 3 Декларације.

²³ Члан 12 Декларације „Свака изјава која је установљена као резултат мучења или другог окрутног, нељудског или понижавајућег поступања или кажњавања не може се користити као доказ против дотичне особе или против било које друге особе у било ком поступку“.

²⁴ Конвенција УН против тортуре, усвојена је и отворена за потписивање, ратификацију и приступање Резолуцијом Генералне скупштине УН број 39/46 од 10. децембра 1984. године, а на снагу је ступила 26. јуна 1987. године. <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sh/node/19866>, 10.10.2018. године.

²⁵ Видети део други, од члана 17 Конвенције УН против тортуре.

²⁶ Дефиниција несумњиво представља једно од најцеловитијих виђења феномена тортуре, што је чини кључним путоказом ка научном сагледавању ове појаве уопште. Тиме она представља и битан ослонац за дефинисање полицијске тортуре и идентификовање неких од њених кључних елемената, као што су: радња извршења – намерно наношење бола, односно тешке физичке и/или менталне патње; циљ употребе – изнуђивање исказа, застрашивање или кажњавање и својство извршиоца – полицијски службеник, али и било које друго лице које делује у службеном својству или на подстицај или пристанак полицијског службеника. Зоран Кесић, „Полицијска бруталност и тортурa – сличности и разлике“, НБП, *Журнал за криминалистику и право*, 2018, 35-50.

осумњичена, да би се та особа застрашила или да би се на њу извршио притисак, или због било којег другог разлога утемељеног на било којем облику дискриминације, ако та бол или те патње *наноси службена особа* или било која друга особа која делује у службеном својству или на њено наређење или с њеним изричитим или прећутним пристанком. Тај се израз не односи на бол или патње које су последица искључиво законских санкција, неодвојивих од тих санкција, или које те санкције узрокују“, а потом прописује обавезе држава чланица, и наглашава забрану тортуре и у изузетним околностима, чак и да је реч о „ратном стању или опасности од рата, унутрашњој политичкој нестабилности или било којем другом ванредном стању“, потом, наводи да се „као оправдање за тортуру не може наводити наредба неке претпостављене особе или органа власти“.²⁷

Од значаја за ову тему, јесу прописане обавезе држава потписница да *инкриминишу акт тортуре*, за који ће предвидети одговарајуће казне (члан 4); потом, да *спроведу непристрасну истрагу* у сваком случају када постоје оправдани ралози сумње да је акт тортуре учињен на некој територији под њеном јурисдикцијом (члан 12); као и да се исказ (изјава) за коју се докаже да је добијена тортуром не може користити као доказ (члан 15).

На европском нивоу, један од најзначајнијих аката у области заштите људских права јесте Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода²⁸ као основни заштитни механизам европског поднебља, прописујући забрану мучења, чланом 3 на следећи начин „Нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању“, док, чланом 15, забрањује одступање од ове забране чак и у „доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације...“.

Као судски заштитни механизам, установљен је Европски суд за људска права у Стразбуру, који је основан 1959. године, у оквиру Савета Европе, са основним циљем заштите права и слобода која су гарантована Европском конвенцијом.

И поред тога што наведени међународни инструменти забрањују мучење и нечовечно или понижавајуће кажњавање или поступање, ипак је постало очигледно да постоји потреба за ширим и ефикаснијим међународним мерама (посебно када су у питању лица која су лишена слободе)²⁹, те је од стране Савета Европе усвојена је Европска конвенција

²⁷ Видети део први, члан 2 Конвенције.

²⁸ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (“Сл. лист СЦГ” - Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005-исправка и “Сл. гласнику РС” - Међународни уговори бр. 12/2010).

²⁹ *Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни*

о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака³⁰, водећи рачуна о члану 3 Европске конвенције³¹. Наведеном конвенцијом основан је Европски комитет за спречавање мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака.³² Значајно је навести да Комитет није образован да би вршио судску функцију, но да приликом доношења одлука утврди да ли постоји потреба да се учини препорука³³, а на основу процене чињеница до којих је дошао током посете.³⁴

Значајно је напоменути и Америчку конвенцију о људским правима³⁵ која чланом 5 прокламује право на хумано поступање на начин да „свако лице има право на поштовање његовог физичког, менталног и моралног интегритета. Нико не сме бити подвргнут мучењу или окрутном, нечовечном или понижавајућем кажњавању или поступању. Са свим

или поступака, Текст конвенције и објашњења, Европски одговори (СРТ) број 26, 2002, страна 18. <https://rm.coe.int/16806dbac7>.

³⁰ Закон о ратификацији Конвенције о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања, измењене и допуњене протоколом 1 и протоколом 2 уз Конвенцију, „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/2003).

³¹ Примарни узроци доношења овог акта су заправо резултати који су остварени у оквиру Уједињених нација, те је у јануару 1981. године, Скупштина Савета Европе усвојила препоруку 909 (1981) о Међународној конвенцији против мучења, те је препоручила да Комитет министара позове владе држава чланица да убрзају усвајање и примену Нацрта конвенције о забрани мучења који је саставила Комисија о људским правима Уједињених нација. *Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака, Текст конвенције и објашњења, Европски одговори (СРТ) број 26, 2002, страна 15. <https://rm.coe.int/16806dbac7>.*

³² Будући да је систем надзора који је успостављен Европском конвенцијом из 1950. године остварио значајне резултате, нарочито у области заштите појединаца од мучења, и нечовечног понашања, и Европском конвенцијом о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака успостављен је Комитет, који може да посети било које место у оквиру надлежности страна уговорница у којима су јавне власти лишиле слободе. *Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака, Текст конвенције и објашњења, Европски одговори (СРТ) број 26, 2002, страна 18. <https://rm.coe.int/16806dbac7>.*

³³ Међутим, уколико су чињенице нејасне и постоји потреба за даљом истрагом, Комитет неће имати довољно основа да учини препоруку, а имајући у виду да не може саслушавати сведоке по принципима судског поступка. Тада, комитет може о томе обавестити државу уговорницу у питању и предложити да се даља истрага спроведе на националном нивоу и захтевати редовно обавештавање о резултатима истраге. *Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака, Текст конвенције и објашњења, Европски одговори (СРТ) број 26, 2002, страна 19. <https://rm.coe.int/16806dbac7>.*

³⁴ *Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака, Текст конвенције и објашњења, Европски одговори (СРТ) број 26, 2002, страна 19. <https://rm.coe.int/16806dbac7>.*

³⁵ http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm

особама лишеним слободе поступа се поштујући урођено достојанство људске особе.“

Како највећа одговорност за примену закона у свакој националној држави лежи на полицији, међународна унификација људских права и слобода захтевала је, дакле, и унификацију стандарда полицијског деловања. Тако је Парламентарна скупштина Савета Европе 1979. године усвојила Декларацију о полицији којом је прописала етичке стандарде поступања у полицији, статус, права и обавезе полицајаца и надлежности полиције у ванредним ситуацијама (и у случајевима окупације од стране оружане силе).³⁶

Даље, од значаја је указати на Европски кодекс полицијске етике³⁷ који у ставу 36 наводи да полиција „не врши, не изазива и не толерише никакав чин мучења или нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања ни под којим околностима“; у ставу 37 да „може применити силу само када је то заиста неопходно и само у мери неопходној за постизање легитимног циља“.

ПОВРЕДА ЧЛАНА 3 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Члан 3 Европске конвенције, како то сматра Европски суд за људска права, мора се сматрати једном од „најосновнијих одредаба које представљају суштинске вредности демократских друштава које чине Савет Европе“.³⁸ Супротно осталим одредбама у Конвенцији, овај члан формулисан је у апсолутном смислу, без изузетка или услова, или могућности ограничења према члану 15 Конвенције³⁹. Разматрање повреде члана 3 Конвенције од стране органа унутрашњих послова (полиције) од изузетног је значаја имајући у виду да је наведени орган у свакодневној, реланој опасности, крећући се у оквиру својих на закону заснованих овлашћења, да повреди наведени члан.

Свака држава потписница Европске конвенције, потписивањем је преузела обавезу да у свом правном поретку обезбеди остварење прокламованих права, *нарочито приликом деловања органа јавне*

³⁶ Ненад Аврамовић, Милош Марковић, „Хармонизација права полиције Републике Србије са европским стандардима у области заштите људских права“, *Годишњак Факултета Правних наука*, бр. 1, Бања Лука 2011, 79-88.

³⁷ Европски кодекс полицијске етике (*The European Code Of Police Ethics*), Препорука Комитета министара Рец (2001)10, усвојена 19. Септембра 2001. године. http://www.krim.dk/undersider/straffesager/straffepoces/109-european_code_of_police_ethics-2001.pdf, 3.12.2018. године.

³⁸ *Pretty v UK*, App no 2346/02, (ECHR 29. July 2002); *Kmetty v Hungary*, App no 57967/00 (ECHR 16. December 2003).

³⁹ *Chahal v UK*, App no 22414/93 (ECHR 15. November 1996).

власти.⁴⁰ Као што је било поменуто, веома тежак задатак се поставља пред полицију, али треба имати у виду и могућност да управо, намерним или пак ненамерним прекорачењем граница својих овлашћења, полиција може директно утицати на кршење члана 3 Конвенције.⁴¹

У том смислу, како се Европски суд за људска права стара о примени Конвенције, биће представљени одређени ставови суда када је у питању поступање полиције према осумњиченом лицу.

Међутим, „не постоји апсолутан стандард о томе које су све врсте поступака и казни забрањене према члану 3 Конвенције, мада се тај члан приликом примене од стране Европског суда тумачи опрезно, придајући му велики значај чак и у случају неприкладних пријава“.⁴²

Примарно се поставља питање *да ли свако задирање полиције у право на људско достојанство, физички и психички интегритет нужно доводи кршења члана 3 Конвенције?*

Одговор на ово питање, Суд даје у својим одлукама на следећи начин:

(1) *A priori*, да би се понашање полицијских службеника према осумњиченом могло окарактерисати као мучење, нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање, неопходно је да такво злостављање мора имати *минимални ниво тежине*⁴³, да би се могло подвести под одредбе члана 3 Конвенције.

Процена наведеног минималног нивоа тежине злостављања је променљива категорија која је условљена низом околности случаја, као што су: трајање поступања, његови физички и ментални ефекти, и у

⁴⁰ За разлику од времена када је држава институционализовала мучење, подводећи га под легитимну праксу ислеђивања, сада имамо потпуно обрнуту логику, где се од државе и њених органа децидно захтева да се уздрже од оваквих поступака. Дакле, у данашњим околностима, праћеним израженом тежњом за ширењем цивилизацијских тековина, сваки облик тортуре, али и било који други вид нечовечног и понижавајућег поступања, примењен чак и у сврхе сузбијања криминалитета, добија потпуно другачију конотацију, па се самим тим и треба посматрати другачије у односу на његово традиционално поимање. Имајући у виду да се ислеђивање кривичних дела данас одвија у потпуно другачијем правном амбијенту, базираном на низу принципа којих су кривичноправни субјекти дужни да се придржавају. З. Кесић, 35-50.

⁴¹ Ваља напоменути да по свом значењу забрана тортуре заузима изузетно високо место на листи захтева који се постављају у вези са делатношћу полиције, да у демократском друштву, а пре свега зато што се полиција и то у већини земаља света појављује као најчешћи прекршилац ове забране (уз друге службе безбедности и затворске службе). Богољуб Милосављевић, „Људска права и полиција – стабдарди људских права за полицију“, Београд 2004, 59.

⁴² Иван Матија, „Деловање и поступање полиције у оквиру члана 2 и 3 Конвенције“, *Полицијска сигурност*, бр. 1, Загреб 2012, 1-21.

⁴³ *Đekić and others v Serbia*, App no 32277/07 (ECHR 29. April 2014).

неким случајевима пол, старост и здравствено стања жртве⁴⁴. Наведене околности могу се груписати као околности које се односе на: а) *само чињенично стање поступања* и б) *стање жртве* у конкретном случају.

Злостављање које досегне тај минимални ниво суровости обично подразумева *стварне телесне повреде или интензивну физичку или психичку патњу*. Међутим, чак и у одсуству ових аспеката, поступање којим се појединац понижава или омаловажава,⁴⁵ при чему се према њему испољава непоштовање или умањује његово људско достојанство, или када то поступање код појединца изазива осећања страха, тескобе или инфериорности која могу сломити његов морални и физички отпор, може бити окарактерисано као понижавајуће и такође потпасти под забрану из члана 3.⁴⁶

(2) Полиција, приликом поступања, мора прибегавати оној *физичкој сили која је била заиста неопходна*, јер у супротном поступање полиције умањује људско достојанство⁴⁷, те да она у начелу представља повреду права из члана 3 Конвенције.⁴⁸

Наиме, суд установљава да тако постваљен *принцип неопходне силе* налази у каузалном односу са понашањем осумњиченог, те да уколико примена физичке силе која није строго последица њеног понашања

⁴⁴ *Labita v Italy*, App no 26772/95 (ECHR 6. April 2000).

⁴⁵ Када су у питању поступци овлашћених службених лица који могу довести до кршења члана 3 Конвенције, значајно је навести ставове које је Веће и Велико веће заузело у предмету *Bouyid v. Belgium*, App no 23380/09 (ECHR 28. September 2015). Наиме, у конкретном случају, припадник полиције је „шамарао“ осумњиченог, те поводом тог питања, Веће је било става „да се радило о „изолованом шамару“ до ког је дошло услед неучтивог и провокативног понашања подносиоца представке, те да је такав поступак био махиналан, без намере изнуде признања. У том смислу, ова врста поступка, иако неприхватљива, не производи довољан степен понижења и омаловажавања да би се утврдила повреда члана 3 Конвенције, односно у овом случају није досегнут онај ниво суровости да би се поставило питање повреде било процесног или материјалног аспекта одредбе члана 3.“ Међутим, „чињеница да је шамар махинално ударило службено лице огорчено неучтивим или провокативним понашањем жртве овде није битно. Велико веће стога одступа од приступа Већа овом питању.“ У сваком случају, Суд наглашава да „шамар који лице које спроводи закон удари неком лицу које се у потпуности налази под његовом контролом представља озбиљан напад на достојанство тог лица.“ Те је у наведеном предмету Суд закључио да поменута примена силе (ударање шамара) није била заиста неопходна, те да је дошло до повреде члана 3 Конвенције.

⁴⁶ *Bouyid v. Belgium*, App no 23380/09 (ECHR 28. September 2015)

⁴⁷ „Реч „достојанство“ се појављује у бројним међународним и регионалним текстовима и инструментима. Премда се тај појам не помиње у Конвенцији – али се ипак појављује у преамбули Протокола бр. 13 уз Конвенцију о укидању смртне казне у свим околностима – Суд наглашава да је поштовање људског достојанства део саме суштине Конвенције.“ Видети у *Bouyid v. Belgium*, App no 23380/09 (ECHR 28. September 2015)

⁴⁸ *Bouyid v. Belgium*, App no 23380/09 (ECHR 28. September 2015).

„крњи“ људско достојанство и у принципу предствала повреду права одређених чланом 3. Конвенције.⁴⁹

Рецимо, у предмету Ђекић против Србије⁵⁰, Суд је дошао до закључка да је примена силе према подносиоцима представке *била апсолутно неопходна*, а заправо имајући у виду понашање подносилаца представке „који су били пијани и насилни у време хапшења... и да су стално понашали насилно у полицијској станици“.

Начело Суда *заиста неопходне силе*, мора се стриктно поштовати нарочито када је у питању хапшење лица, будући да се полицијски службеници морају уздржавати од било које врсте физичке силе, и поред тога што је јасно да хапшење представља тежак и опасан задатак, нарочито када је реч о хапшењу лица које се опире, или лица која спроводе закон имају основа да верују да то лице предствала непосредну претњу.⁵¹

(3) Даље, у случају да заиста дође до задирања у наведена права, орган поступка треба да *објасни порекло тих повреда*, односно одакле то повреде⁵². Док, са друге стране, *свака тврдња о злостављању* од стране полицијских службеника, *мора бити поткрепљена* одговарајућим доказима.⁵³ Ово друго нарочито имајући у виду да повреде на лицу, које могу бити и видљиве, могу наступити или током претходног понашања и поступака лица (које је иницирало поступање полицијских службеника), или пак до којих може доћи самоповређивањем. Из тих разлога, од пресудне важности може бити извештај лекара, односно извештај о обављеном лекарском прегледу, који ће бити показатељ узрока и тежине повреда лица.

(4) У случају да заиста дође до повреде члана 3 Конвенције од стране полицијских службеника, Суд као импертив намеће неопходност предузимања легалних активности у циљу спровођења *делотворне истраге према овлашћеним службеним лицима*. Истрага мора бити *темељна*, односно „органи морају увек озбиљно покушати да утврде шта се догодило и не би требало да се ослањају на брзоплете и неосноване

⁴⁹ Assenov and others v Bulgaria, App no 24760/94 (ECHR 28. october 1998). Суд у овом случају упућује још и на пресуду у случају Tekin v Turkey, App no 52/1997/836/1042 (ECHR 9. June 1998).

⁵⁰ Đekić and others v Serbia, App no 32277/07 (ECHR 29. April 2014)..

⁵¹ Извештај ЦПТ-а о посети Белгији од 28. септембра до 7. Октобра 2009 године (ЦПТ/инф (2010) 24; 23. Јул 2010. Видети пресуду Суда у предмету Bouyid v Belgium, App no 23380/09 (ECHR 28. September 2015).

⁵² Aksoy v Turkey, App no 21987/93 (ECHR 18. December 1996), Нав. према Александар Бошковић, „Саслушање осумњиченог у кривичном процесном законодавству Србије – нека спорна питања и дилеме“ Тематски зборник радова I „Криминалитет у Србији и инструменти државне реакције“, Београд 2016, 83-104.

⁵³ Bouyid v Belgium, App no 23380/09 (ECHR 28. September 2015).

закључке ради завршетка истраге или да им они буду основа за њихове одлуке“; даље, истрага мора бити *брза и независна*, односно „истрага није независна када је предузму припадници исте јединице, као што су они умешани у наводно злостављање; на послетку, истрага мора да има *довољан елемент јавног испитивања* да би се осигурала одговорност.⁵⁴

У том смислу, Суд је утврдио да би истрага требало да доведе до идентификације и кажњавања одговорних. Ако није тако, општа законска забрана мучења и нечовечног и понижавајућег поступања и кажњавања, упркос њеној важности, била би неделотворна у пракси и у неким случајевима би државни службеници практично без кажњавања могли да злоупотребе права оних под њиховом контролом.⁵⁵

(5) Од значаја је навести и то, какав је став заузео Суд у случају да дође само до *претње мучењем*. Наиме, будући да се забрањује мучење, не сме ни претити забрањеним; *имајући у виду да се и самом претњом развија оно психичко деловање које повређује личну аутономију, а тиме и људско достојанство*. И са аспекта расветљавања чињеничног стања, нема смисла забранити мучење а допустити претњу њиме.⁵⁶ Ово првенствено због тога што ситуације угрожавања и повреде права појединца од стране учиниоца, не легитимира државу да задире у људско достојанство учиниоца „јер се њена морална надмоћ над учиниоцем кривичног дела, састоји управо у томе да се она не служи истим методама као он“.⁵⁷ Стога је Суд је у предмету *Gefgen* против Немачке⁵⁸ установио да претња понашањем које је забрањено чланом 3, под условом да је реална и непосредна, може бити супротна овој одредби, те се у најмању руку може окарактерисати као *нечовечно поступање*.

(6) Напослетку, значајно је навести оцену суда да „*предмет кривичног дела које је наводно учинио подносилац представке ирелевантна у смислу*

⁵⁴ Видети одлуке *Otašević v Serbia*, App no 32198/07 (ECHR 05. february 2013), *Mikheyev v Russia*, App no 77617/01 (ECHR 26. January 2006).

⁵⁵ *Otašević v Serbia*, App no 32198/07 (ECHR 05. february 2013), *Lakatoš and others v Serbia*, App no 3363/08 (ECHR 06. January 2014), *Hajnal v Serbia*, App no 36937/06 (ECHR 19. June 2012).

Управо у предмету *Otašević v Serbia*, Суд је утврдио да истрага против службених лица није била независна, будући да су изјаве од подносилаца представке на околности наводног злостављања узела јединица која је учествовала у злостављању. Аналогно томе, видети и пресуду Суда у предмету *Ramsahai and others v Netherlands*, App no 52391/99 (ECHR 15. May 2007).

⁵⁶ Игор Бојанић, Злата Ђурђевић, „Допуштеност употребе доказа прибављених кршењем темељних људских права“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, бр. 2, Загреб 2008, 973-1003.

⁵⁷ И. Бојанић, З. Ђурђевић, 988.

⁵⁸ *Gafgen v Germany*, App no 22978/05 (ECHR 1. June 2010).

члана 3“, којом је суд у потпуности испоштовао одредбе конвенције које се односе на апсолутну природу забране мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања (макар то била и борба против тероризма и организованог криминалитета).⁵⁹

Када је у питању поступање полицијских службеника важно је навести да су „оптужбе за насиље од стране полиције више изузетак него правило, али да насиље није у потпуности искорењено“, будући да „многи не пријављују насиље претрпљено од полиције због страха од одмазде“.⁶⁰

На крају, значајно је указати на чињеницу да полиција није судски орган, те да се од ње се не очекује, нити треба да преузме судску улогу да „дели правду“, већ да је њен задатак да починиоце злочина приведе правди, али да при томе поступа у складу са законом и према њима поступа уважавајући принцип претпоставке невиности све до изрицања судске одлуке о томе.⁶¹

ЗАКЉУЧАК

Имајући у виду у раду наведену нормативну еволуцију забране мучења, свирепог, нечовечног или понижавајућег поступања и кажњавања најпре од стране органа јавних власти који су носиоци радњи процесне принуде, јасно је зашто је овај кривичнопроцесни институт добио апсолутан карактер, од ког се ни под којим околностима, чак ни у ванредним, не може одступити.

Наиме, технике мучења најупечатљивије упориште пронашле су у периоду инквизиције, када је мучење представљало легалан инструмент, чак неопходан, за спровођење кривичног поступка. Напред наведен став у директној је вези са схватањем значаја признања као личног доказа у кривичном поступку. Будући да се признање у том добу сматрало краљицом доказа (*regina probandum*), јасно је зашто су се истражни органи користили тако нехуманим средствима за добијање истог.

Међутим, касније, са филозофијом просветитељства и филозофијом заснованом на неотуђивим људским правима, јављају се критике коришћења мучења у процесне сврхе, а потом и до доношења првих међународних аката који ће забранити такве врсте понашања. Данас, тај број аката је у значајном броју, као и земље које су њихове

⁵⁹ Labita v Italy, App no 26772/95 (ECHR 6. April 2000).

⁶⁰ REPORT BY THE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS THOMAS HAMMARBERG ON HIS VISIT TO SERBIA 13 – 17 October 2008, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)8 Original version, <https://rm.coe.int/16806db70b>

⁶¹ Б. Милосављевић, 20.

одредбе имплементирале у своја национална законодавства, прихватајући одређени низ обавеза, почев од инкриминације таквих понашања, потом строжих казни уколико се мучење примењује од стране службених лица, спровеђење истраге против лица која су такво понашање примењивала и сл.

Међутим, и поред значајних и евидентних напора међународне заједнице, из приказане праксе Европског суда, која је најбољи показатељ „отелотворења правне норме“, јасно је да се овакви облици понашања, нарочито од стране полиције *de facto* веома тешко искорењују, имајући у виду двоструку улогу овог државног органа (заштита фундаменталних вредности државе и друштва од носиоца антисоцијалног, инкриминасаног понашања, а с друге стране, пружање заштите правима таквих лица, нарочито приликом лишња слобода, задржавања осумњиченог и сл). Стога, на свакој држави потписници наведених међународних аката, јесте да предузме све мере и радње у циљу потпуног остваривања прихваћених обавеза, нарочито када је у питању заштита права апсолутног карактера, али и да активно учествује у „балансирању“ и остваривању два циља – 1) борба против криминала, уз истовремену 2) заштиту људских права и основних слобода и оних лица која су носиоци инкриминасаних облика понашања.

Katarina Živanović LL.M
Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia, PhD student at the
University of Novi Sad, Faculty of Law
kaca_zivanovic@yahoo.com

PROHIBITION OF TORTURE OF THE SUSPECT IN INTERNATIONAL LAW AND PRACTISE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract: *As prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment is affirmed as the basic postulate of the legal systems of the democratic, modern states, that is, it represents an international standard of absolute character on which the criminal justice systems of the contemporary social community are resting, it is extremely important to show the evolution of this prohibition was dependent on the degree of development of a society's awareness of socially dangerous behavior and its consequences. Bearing in mind that the techniques of torture were definitely used by the investigative authorities in certain criminal proceedings, primarily in order to obtain confession (confession as a *reginaprobandum*), referring to the two guiding types of criminal proceedings, accusatory and inquisitorial, the author strives to present in which way a ban on such types of behavior that violate the right to physical and mental integrity and the right to human dignity at the international level has been standardized nowadays.*

Therefore, in addition to the basic solutions of the international legal regulations, the work of the European Court of Human Rights will also be presented, when it comes to the violation of Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The aforementioned will primarily refer to the violation of this article by the police, having in mind that, presently, this public authority is greatly endangered with the possibility of violating the said article by overriding its legal authority through acts of procedural coercion.

Key words: *prohibition of torture; international law; European Court of Human Rights; the police.*

ДОКАЗИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ

UDC: 343.229(497.11)

Original Research Paper

Апстракт: *Правна заблуда представља савремени институт кривичног права, који на сличан начин регулишу бројни кривични закони. Погрешна свест о забрањености дела, погрешна представа о томе да се кривично дело чини представљена је кроз норме важећег кривичног законика, поједина упоредноправна законодавства, обичајно право, Статут међународног кривичног суда, али и судску праксу домаћих судова, иностраних судова и праксу Европског суда за људска права. Теоријска, нормативна и анализа случајева отвориле су бројне дилеме које се могу јавити и које се јављају у пракси. Имајући у виду да се ради о веома специфичном правном институту, али и институту коме се не поклања превише пажње од стране судства, тужилаштва и одбране, чинило се важним указати на проблеме у доказивању постојања правне заблуде, као и могућностима доказивања. Сагледавањем начина доказивања правне заблуде, учиниће се покушај ка отварању могућности реалне примене овог института, а не његовом посматрању као чину злоупотребе права.*

Кључне речи: *правна заблуда, кривични поступак, доказивање, свест о противправности.*

УВОДНА ИЗЛАГАЊА

Правна заблуда представља савремени иститут кривичног права, који познају и на сличан начин регулишу савремени кривични закони. Правна заблуда као основ искључења кривице унета је у домаће

* Мастер права, студенткиња докторских студија на Правном факултету Универзитета у Новом Саду, Адвокат

законодавство Кривичним Закоником из 2005¹, док су раније важећи законски прописи на другачији начин регулисали овај институт. Кривични законик Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца² садржао је одредбу којом је предвиђено да незнање или неправилно схватање кривичног законика никога не извињава, али може представљати основ за ублажавање или ослобађање од казне у особитим случајевима. Као основ за ублажавање или ослобађање од казне, односно субјективни основ који представља факултативну могућност, институт је схватан све до доношења важећег Кривичног Законика (у даљем тексту КЗ). Разлог другачијег схватања овог института темељи се на усвајању формалног појма кривичног дела и прихватању психолошко-нормативног схватања кривице, према ком кривица представља психички однос учиниоца према делу, а због ког му се може упутити прекор³.

Пре анализе института правне заблуде, неопходно је укратко анализирати одређене институте кривичног права, који су од значаја за разумевање института правне заблуде.

Кривица је централни појам и основ и услов кривичне одговорности, а постоји ако је учинилац био урачунљив и поступао умишљајно, односно нехатно када КЗ то предвиђа, а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено⁴. Поред питања схватања кривице, важно је осврнути се и на питање свести о противправности, као основа који искључује кривицу и самосталног елемента кривице, који се предпоставља односно полази се од предпоставке да је сваки просечан човек свестан дозвољености, односно забрањености сопственог понашања⁵. У прилог наведеном говори и став Врховног Касационог суда Републике Србије⁶ у ком је изнето да свест о противправности, као самосталан елемент кривице не мора да се утврђује у сваком конкретном случају, већ се само мора утврђивати постојање основа који ту свест искључује.

Пре анализе института правне заблуде, указаће се на неке од

¹ Кривични законик, *Службени гласник РС* бр. 85/2005, 88/2005- испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016

² Кривични законик Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, *Службене новине КСХС* бр. 147/1921

³ Н. Делић, Теорија кривице и кривичноправни значај правне заблуде, *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања 2. део*, Правни факултет у Београду, Београд 2008, 171-190

⁴ З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд 2010, 141.

⁵ Н. Делић, Свест о противправности као конститутивни елемент кривице, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 2/2008, 161-179

⁶ Став Врховног Касационог суда изнет на седници након доношења пресуда КЗП 2/2010 од 25. 02.2010.

најзначајнијих питања везаних за појам заблуде и стварне правне заблуде, као и важности раздвајања ових института. Заблуда представља непоклапање стварности и појединачне представе о стварности и може се састојати од незнања или погрешног знања⁷. Веома је важно разликовати појам заблуде од незнања, као таквог и сумње, али и разликовати заблуду о обележјима бића кривичног дела и заблуду о околностима које утичу на противправност. Посебно је важно одговорити на питање када је заблуда битна за кривично право, а заблуда је битна када се односи на нешто од чега зависи примена неке кривичноправне норме⁸. Стварна заблуда је погрешна представа о некој стварној околности која представља обележје бића кривичног дела или околности која би да је постојала чинила дело дозвољеним⁹. У конкретном случају говори се о заблуди у погледу чињеничног елемента, а не о елементу као правној категорији. У погледу питања оправданости раздвајања стварне и правне заблуде, иако постоје опречна мишљења чини се прихватљивим разликовање заблуде у погледу чињеница и заблуде у погледу друштвене дозвољености предузетог понашања. У прилог наведеном чини се могућим да учинилац буде свестан социјалног значаја сваког објективног обележја бића кривичног дела, али да му недостаје свест о друштвеном значају обележја бића кривичног дела као целине¹⁰.

Правна заблуда – теоријска анализа

Правна заблуда представља погрешну свест о забрањености дела, односно непостојање свести да се кривично дело чини или да се предузима правом забрањено понашање¹¹. Она заправо представља погрешну представу о томе да одређено понашање није предвиђено као кривично дело, односно незнање да је одређено понашање забрањено правом, али може постојати и у ситуацији погрешног тумачења правне норме. Како наводи професор Стојановић, премало је тражити да је учинилац свестан да је одређено понашање друштвено или морално штето, а превише је

⁷ Н. Вуковић, Одређена питања стварне и правне заблуде у кривичном праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* бр. 12014, 445-471

⁸ Н. Вуковић, *Правна заблуда у кривичном праву*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду Правни факултет, Нови Сад 2017, 62.

⁹ И. Вуковић, Стварна заблуда у ширем смислу и српско кривично законодавство-теоријски оквир, *Журнал за криминалистику и право* бр. 2/2013, 17-26

¹⁰ Н. Вуковић, Одређена питања стварне и правне заблуде у кривичном праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* бр. 12014, 445-471

¹¹ З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд 2010, 162

тражити да је учинилац свестан да је одређено понашање предвиђено као кривично дело. Преовладава мишљење да код учиниоца мора постојати свест да је одређено понашање забрањено правом¹².

Иако се чини јасном формулација погрешне свести о забрањености дела, односно погрешне представе о правом забрањеном понашању, чини се да у пракси наведена формулација може изазвати бројне недоумице. Код питања дефинисања појма свести у контексту кривичног права, пре свега је значајно указати да се ради о урачунљивом лицу које поседује одређену намеру, која може бити свесна и несвесна. Поред тога уколико се сагледа појам свести, који није дефинисан правом може се поћи од претпоставке да свест представља целину тренутног друштвеног живота¹³. Такође се може поћи од полазишта да се свест увек има о нечему, али да реакција на конкретну појаву превазилази појам свести. Поред тога несумњиво је да може постојати индивидуална свест, али и свест о друштвеним околностима. Поставља се питање зашто се појам свести који се везује за нечињење у кривичном праву везује за свест о противправности која се заснива на одређеном чињењу. Уколико се консултују неке друге егзактне науке долази се до закључка да свест о нечему, која резултира одређеним дејствима, превазилази појам свести. Иако постоје мишљења да право не треба да буде „оптерећено„ појмовима из области медицине, психологије или социологије, чини се да у конкретном контексту не би било сувишно појмовно одредити појам свести у кривичном праву. Бројни радови на тему правне заблуде садрже и појмове као што су актуелна свест и потенцијална свест, који се везују за формулацију морати бити свестан и моћи бити свестан¹⁴, односно да ли код учиниоца треба постојати свест о предвиђености одређеног понашања као кривичног дела, о кажњивости и противправности, друштвеној забрањености, моралној забрањености, забрањености обичајним правом или верским правилима, дисциплинским правилима¹⁵. Поставља се питање шта представља свест о забрањености дела и да ли се приликом оцене постојања актуелне или потенцијалне свести полази од урачунљивог појединца који је исти међу једнакима, или се разлика може правити у зависности од окружења у коме живи, искоришћености интелектуалног потенцијала, образовања, информисаности, навика, вокације и искуства. Чини се прихватљивим

¹² З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд 2010, 163

¹³ Д. Кеџмановић и сарадници, *Психијатрија*, Медицинска књига, Београд-Загреб 1983, 538.

¹⁴ Д. Дракић, *Заблуда у кривичном праву условљена душевним поремећајем*, *Теме* бр. 3/2012, 1319-1338

¹⁵ Н. Вуковић, *Правна заблуда у кривичном праву*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду Правни факултет, Нови Сад 2017, 67-69

да се не може сваки урачунљиви појединац поистоветити и посматрати једнако, уколико се анализира питање његове свести која превазилази питање свести о самом себи.

У контексту наведеног указаће се на две важне чињенице које поткрепљују наведену тврдњу, а то је да према попису становништва из 2011. у Републици Србији 164.884 становника неписмено, 677.499 није завршило основну школу, од укупне популације која броји 7.186.862 становника¹⁶. Са друге стране, а у контексту питања свести о противправности важно је истаћи да поред регулативе садржане у Кривичном законнику, не тако мали број кривичних дела садржан је у споредном кривичном законодавству, али и указати на чињеницу да су важећи законски прописи често „на удару„ измена и допуна. Уколико се узму у обзир сви наведени критеријуми јасно је да се код класичних кривичних дела као што је кривично дело убиства, тешко може заступати теза да код учиниоца није постојала свест о противправности, али и да код већине кривичних дела питање свести о противправности може представљати велику дилему.

У погледу питања врста правне заблуде може се рећи да правна заблуда може бити директна, када учинилац зна за постојање норме, али је погрешно схвата и држи да иста не обухвата његово понашање и индиректна, када учинилац погрешно процењује или сматра да нешто представља основ који искључује противправност¹⁷. Неотклоњива правна заблуда постоји када учинилац није знао, није могао, нити био дужан да зна да је његово понашање забрањено, а отклоњива правна заблуда постоји када учинилац није знао, али је могао и био дужан да зна. Оно што је од значаја јесте питање отклоњивости правне заблуде односно када се може сматрати оправданим навод „да нисам знао да је нешто противправно,„? У конкретном случају раздвајамо питање дужности и могућности знања, односно питање када је оправдано незнање. У конкретном случају, уколико се изузму сви спољни фактори, поставља се питање како ценити дужност и могућност знања о противправности. Постоје мишљења да се појединац, као грађанин, мора водити идејом да поступа у складу са законом и да правни поредак захтева од њега да сваки пут учини напор и утврди да ли поступа у складу са законом¹⁸. Са друге стране се поставља питање, уколико се укључе и спољни фактори, како утврдити да је лице схватило да је одређена радња противправна. И

¹⁶ Попис становништва, домаћинстава и станова, Републички завод за статистику, www.stat.gov.rs, 06. Фебруар 2019.

¹⁷ З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2018, 166

¹⁸ С. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4th edition. Verlag C. H. Beck, München 2006, 486

уколико се пође од тезе да код класичних кривичних дела урачунљиво лице може разумети формулацију, „забрањено је красти,„ или „уколико убијеш идеш у затвор,„ поставља се питање да ли појединац може да разуме комплексне формулације које садрже пуно стручних појмова. Уколико се учини покушај одговора на питање, који остаје забележен само на нивоу теорије, може се рећи да се дужност сагледава наспрам просечног човека у околностима конкретног догађаја, а да се могућност сагледава узимајући у обзир психо-физичке способности учиниоца¹⁹. Чини се потребним указати да наведено не би требало остати теоријско становиште, већ би се приликом тумачења законодавне норме морало сагледати управо наведено теоријско објашњење.

Правна заблуда – нормативни аспект

Полазећи од навода да правна заблуда представља творевину савременог кривичног права, као и чињенице да упоредноправна регулатива на сличан начин дефинише појам правне заблуде, као и питање како стање правне заблуде утиче на питање кривице и кривичне одговорности, учиниће се кратка анализа појединих кривичних закона. Анализа ће обухватити поједина упоредноправна законодавства европских држава, али и регулативу земаља англосаксонске правне традиције, као и поједине значајне међународне статуте.

Кривични законик Републике Србије²⁰ предвиђа да није кривично дело оно које је учињено у неотклоњивој правној заблуди, а неотклоњива правна заблуда постоји уколико учинилац није био дужан и није могао знати да је његово дело забрањено. Учиниоцу који није знао да је дело забрањено, али је то био дужан и морао да зна, казна се може ублажити. Кривични законик Црне Горе²¹ садржи идентичну одредбу, а Кривични законик Македоније²² садржи одредбу да није кривично одговоран учинилац кривичног дела који није знао или није могао да зна да је дело забрањено, а у случају да је могао да зна да је дело забрањено, казна

¹⁹ Р. Рисимовић, Отклоњивост правне заблуде у немачком праву, *Наука, безбедност, полиција* бр. 3/2014,

²⁰ Кривични законик, *Службени гласник РС* бр. 85/2005, 88/2005- испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016 чл. 29

²¹ Кривични законик, *Сл. Лист РЦГ* бр. 70/2003, 13/2004-испр. И 47/2006 и *Сл. Лист ЦГ* бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 – др.закон, 40/2013, 56/2013 – испр., 14/2015, 42/2015, 58/2015 – др.закон, 44/2017 и 49/2018 (чл. 19)

²² Кривичен законик, *Сл. Весник на Република Македонија* бр. 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/*14, 199/14, 195/15, 226/15, 97/17 (чл. 17)

се може ублажити. Кривични закон Републике Републике Хрватске²³ садржи одредбу о забрани противправности и предвиђа да није крив учинилац који у време извршења кривичног дела није знао да је његово дело противправно, а није био дужан нити је могао знати, али уколико се ради о отклоњивој заблуди, учинилац се може блаже казнити. Кривични закон Републике Словеније²⁴ предвиђа да није крив учинилац, који из оправданих разлога није знао да је конкретно дело забрањено. Оправдани разлози неће постојати уколико учинилац није познавао законска правила, а са којима је могао бити упознат, а шта суоправдани разлози цени се имајући у видуокружење, рад, улогу и положај. Уколико је учинилац учинио кривично дело које се могло избећи, може бити кажњен. Кривични закон Савезне Републике Немачке²⁵ предвиђа да уколико у време извршења кривичног дела код учиниоца није постојала свест о противправности, сматраће се да учинилац није крив у случају уколико је заблуда била неотклоњива, а уколико је заблуда била отклоњива казна се може ублажити. Савезни суд Немачке је још давне 1952. изнео мишљење да свест не чини неправу, као и да се и код урачунљивих лица може догодити да не знају или погрешно знају обавезујућу норму²⁶. Кривични закон Републике Италије²⁷ чланом 78. регулише питање правне заблуде и незнања закона и предвиђа да незнање закона не ослобађа кривице, али да суд може ублажити казну уколико утврди да је учинилац у доброј вери држао да има право на одређено чињење, као и да је имао оправдан разлог за такво веровање. Суд ће у сваком конкретном случају испитивати намеру, али без обзира на питање казне, учинилац ће бити дужан да накнади проузроковану штету. Кривични закон Румуније²⁸ чланом 30. генерално регулише питање заблуде и предвиђа да учинилац кривичног дела неће одговарати у случају незнања или погрешног знања илегалног карактера радње која се није могла избећи. Акт који је предвиђен кривичним законом, или другим законима који садрже кривичне одредбе, не представља кривично дело када учинилац кривичног дела у моменту извршења није знао за постојање државе, ситуације или околности који одређују природу кривичног дела.

У земљама англосаксонске правне традиције Сједињеним

²³ Казнени закон, *Народне новине* бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 (чл. 32)

²⁴ Казенски законик, *Урадни лист РС* шт. 50/2012, 6/16-попр., 38/16, 27/17 (чл. 31)

²⁵ Strafrechtsgesetzbuches, *Bundesgesetzblatt* I p. 3322, 3671, 3799 (art.17)

²⁶ Der Große Senat für Strafsachen des BGH – Beschluß vom 18. März 1952 – GSt 2/51

²⁷ Penal Code, [http://hrlibrary.umn.edu/research/Penal%20Code%20\(English\).pdf](http://hrlibrary.umn.edu/research/Penal%20Code%20(English).pdf), 06. Јануар 2019.

²⁸ Law #286/2009, Law #27/2012, Law # 63/2012, Law #187/2012

Америчким Државама и Уједињеном Краљевству питање правне заблуде је поред писане регулативе у великој мери обликовала и судска пракса, о којој ће више речи бити у наредном делу рада. У системима обичнајног права, правило да незнање права не оправдава, темељило се на захтевима социјалне заштите и неопходности одржавања објективног морала²⁹. У Сједињеним Америчким Државама питање правне заблуде садржано је у документу који носи назив *МРС*³⁰ којим је предвиђено да непознавање закона може бити одбрана када је незнање потребно за успостављање материјалног елемента деликта. То значи да она може постојати само када је свест о противправности елеменат намере, те у том смислу одбрана незнања је доступна у само одређеним случајевима. У смислу наведеног незнање може представљати одбрану када акт који предвиђа кривично дело није објављен или стављен на располагање, или када учинилац поступа разумно ослањајући се на одређени извор права, који се касније утврди као неважећи. Обичајно право Уједињеног Краљевства на још стриктнији начин регулише ово питање, а који се темељи на неоторивој предпоставци да сваки човек познаје закон. Постоје мишљења да је разлог тако крутом схватању познавања закона чињеница да енглески судови немају могућности, односно овлашћења као амерички судови у погледу доношења статута и других подзаконских аката, али и да се енглески систем базира на строгој доктрини одговорности³¹. У енглеском обичајном праву непознавања закона не искључује намеру. И поред наведеног судска пракса познаје случајеве у којима је суд због посебних околности, незнање третирао као одбрану. Изузетак такође постоји када се незнање заснива на акту који није објављен или на појмовима који нису били доступни, нити могли бити доступни јавности³².

Римски статут³³чл. 32. предвиђа да одсуство знања о томе да је дело које је извршено, а одредбама одређеног правног документа предвиђено као кривично дело из надлежности суда, не представља основ за искључење кривичне одговорности. Правна заблуда може бити основ искључења кривичне одговорности уколико је у конкретном случају искључена психичка компонента кривичног дела, односно уколико се заснива на поступању одређеног лица по заповести наредбодавца

²⁹ A. van Verseveld, *Mistake of Law*, T.M.C Asser Press, Netherlands 2012, 10

³⁰ American Model Penal Code, www.ali.org/publications/model-penal-code/, 06. Фебруар 2019.

³¹ A.T. H. Smith, Error and Mistake of Law in Anglo-American Law, *Common Law World Review*, vol. 14, 1985, 3-32

³² A.J. Ashworth, Excusable mistake of law, *Criminal Law Rev.* 1974, 652-662

³³ Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Сл. Лист СРЈ-Међународни уговори* бр. 5/2001

(Владе, војвог или цивилног наредбодавца). Резолуцијом Међународног кривичног суда³⁴РЦ/Рес. 6 утврђена је немогућност позивања на правну заблуду у погледу чињеничних околности да ли је употребљена оружана сила, као чин агресије супротан Повељи Уједињених Нација, као и у погледу објективне квалификације одређених појмова у контексту повреде Повеље. Постоје мишљења одређених аутора да иако се чини да Статут предвиђа једнак третман стварне и правне заблуде, упућивање на намеру онемогућава доказивање постојања правне заблуде, као одбране³⁵.

Анализа појединих упоредноправних решења регулативе института правне заблуде показала је да уређење питања правне заблуде у великој мери зависи и „духа,, самог закона и питања посматрања свести о противправности, уколико се наравно занемаре разлике у погледу поимања кривице и кривичне одговорности, које нису безначајне, али које нису од значаја за конкретну анализу. Имајући у виду напред наведено чини се да је Кривични закон Републике Словеније најдаље отишао у сагледавању свих елемената који могу бити од значаја за питање свести о противправности, па ће због наведеног исти бити третиран као позитиван пример законског решења, односно као предлог који би могао бити од кључног значаја за правилну примену института правне заблуде у домаћој судској пракси.

Правна заблуда-судска пракса

Пре анализе проблема са којима се учесници кривичног поступка могу сусрести приликом доказивања правне заблуде, указаће се на поједине окончане поступке пред домаћим и иностраним судовима.

Пресудом Апелационог суда у Новом Сад Кж1-611/14³⁶потврђена је пресуда Основног суда у Новом Саду К-192/12, којом је утврђено постојање кривице, на темељу чињенице да је окривљени био свестан забрањености дела, односно да је био дужан да зна да је његово дело забрањено. У конкретном предмету окривљени је потписао приступницу за чланство у *Diners Club International Belgrade*и прихватио изричит услов да неће користити платну картицу, уколико у тренутку коришћења нема довољно средстава на рачуну, а о истом је упозорен приликом потписивања приступнице. Упозорен да је плаћање платном картицом без покрића кривично дело, окривљени је учинио кривично дело са директним умишљајем. Пресудом Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-

³⁴ Resolution RC/Rec. 6 The crime of aggression, www.legal-tools.org, 06. Фебруар 2019.

³⁵ S. Bock, The Prerequisite of Personal Guilt and the Duty to Know the Law in the Light of Article 32 ICC Statute, *Utrecht Law Review* vol. 9, issue 4, 2013, 184-198

³⁶ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж1-611/14 од 15.09.2014.

378/2017³⁷ потврђена је првостепена пресуда којом је окривљени оглашен кривим због кривичног дела насиље у породици, иако је окривљени у својој одбрани изнео да је био у неотклоњивој правној заблуди, која се темељила на његовој припадности исламској вероисповести, а да је био у уверењу да шеријатско право не третира наведену радњу као противправну. Пресудом Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-253/2016³⁸ потврђена је првостепена пресуда којом је окривљени оглашен кривим због кривичног дела неплаћања пореза по одбитку. У конкретном случају радило се о страном држављанину, који је у поступку приватизације купио привредно друштво у Републици Србији и није плаћао обавезан порез и доприносе на плате запосленима. Суд је у образложењу навео да иако је окривљени страни држављанин, ипак је морао бити упознат са правима и обавезама привредног друштва, а посебно да је као директор и одговорно лице био дужан да буде упознат са важећим законским прописима. Пресудом Врховног суда Србије Кж-970/2002³⁹ окривљени је оглашен кривим због извршења кривичног дела неовлашћено држање ватреног оружја. У образложењу Пресуде суд је навео да је узео у обзир године живота окривљеног, његову школску спрему, служење војске за време ратних дејстава, као и да ватрено оружје није раздужио годину дана након повратка кући. У образложењу пресуде је такође наведено да је од пресудног утицаја била чињеница што је ватрено оружје повремено давао другим лицима. Пресудом Врховног суда Србије Кж1-398/2005⁴⁰ окривљени је оглашен кривим због кривичног дела недозвољено држање опојне дроге, иако је закон у међувремену мењан на шта се окривљени и позивао, јер је суд заузео становиште да је бежање од полиције доказ да је окривљени знао да је његова радња противправна.

Анализирајући праксу иностраних судова, али и бројне радове које се баве питањем случајева правне заблуде, чини се да су предмет анализа веома често била међународна кривична дела⁴¹, али и кривична дела која су имала одређену политичку позадину, као што су случај војника граничних трупа ДДР-а⁴² и случај еутаназije душевно болесних лица у време трајања нацистичког режима у Немачкој⁴³. Велики број предмета се управо односио на питање намере и учињеног ратног злочина,

³⁷ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-378/2017 од 20.04.2017.

³⁸ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-253/2016 од 07.04.2016.

³⁹ Пресуда Врховног суда Србије Кж-970/2002 од 17.09.2002.

⁴⁰ Пресуда Врховног суда Србије Кж1- 398/20025 од 05.05.2005.

⁴¹ Вид. А. Cassese *et.al.*, *International Criminal Law, Cases & Commentary*, Oxford University Press, New York 2011,

⁴² Grenytruppen der DDR StR 589/72, 20. March 1974.

⁴³ K.-H.W. v. Germany Ks 1/66, 06. June 1972.

намере и геноцида⁴⁴, односа командне одговорности и самог извршења наредбе. У предмету *Тужилац против Томаса Лубанге*⁴⁵ који се водио пред Међународним кривичним судом, суд је стао на становиште да је правна заблуда могла постојати само у случају да извршилац није био свестан нормативног обележја бића кривичног дела и то као резултат несхватања његовог социјалног значаја. У том смислу наведено је да уколико је свест о друштвеној релевантности довољна, није нужно да се схвати и правна дефиниција, све док се из перспективе лаика може схватити друштвени значај нормативног елемента. У предмету *Cheek v. United States*⁴⁶ је заузео став да мишљење лица да порески закон крши његова уставна права не представља добру веру у односу на питање разумевања закона, а да неслагање са политиком владе и њеним мерама не може представљати основ за одбрану која се темељи на неразумевању закона. У предмету *Ratzlaf v. United States*⁴⁷ суд је изнео једно веома занимљиво становиште, које би се вероватно у великој мери разликовало од европскоконтиненталне судске праксе, а то је да би се утврдило да учинилац намерно крши закон, неопходно је доказати да је поступао са знањем о кажњивости сопственог понашања.

Уколико анализирамо праксу Европског суда за људска права (а удаљем тексту ЕСЈП) можемо закључити да се у контексту чл. 7. који носи назив кажњавање само на основу закона, могу наћи судске одлуке које се баве и питањем правне заблуде, а имајући у виду да наведени иститут није садржан у Европској Конвенцији о људским правима и основним слободама⁴⁸. У контексту наведеног члана ЕСЈП је испитивао питање доступности и предвидљивости кривичног дела⁴⁹. У предмету *Коноков против Литваније*⁵⁰ велико веће је заузело став да свако кривично дело мора бити јасно предвиђено у закону и то на начин да лице може на основу саме формулације, а евентуално и уз стручну помоћ тумача или правног саветника, да схвати која су то чињења и нечињења која му могу донети кривичну одговорност. Суд указује да се несме занемарити судско тумачење

⁴⁴ Vid. A. van Verseveld, *Mistake of law : excusing perpetrators of International crimes*, *University of Amsterdam*, 2019, <https://pure.uva.nl/ws/files/1158090/90734-09.pdf>, 06. Фебруар 2019.

⁴⁵ *Prosecutor v. Thomas Lubanga*, No. ICC-01/04-014/06, 14 March 2012

⁴⁶ *Case Cheek v. United States* 498 US 192, Supreme Court 1991

⁴⁷ *Case Ratzlaf v. United States*, 510 US 135 – Supreme Court 1994

⁴⁸ Закон о ратификацији Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. Лист СЦГ – Међународни уговори* бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005-исправка и *Сл. гласник РС – Међународни уговори* бр. 12/2010

⁴⁹ А. Krstulović Dragičević, *Načelo zakonitosti u praksi Europskog suda za ljudska prava*, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* (Zagreb) br. 2/2016, 403-433

⁵⁰ *Case of Konokov v. Latvia*, no. 36376/04, Judgment 17. May 2010.

конкретне одредбе, а посебно наводи да је увек могуће да судска пракса разјасни одређена питања која изазивају сумњу, или да их прилагоде измењеним околностима⁵¹. У предмету *Асхларба против Грузије*⁵² ЕСЉП није прихватио наводе *неразумевања терима* „, криминално подземље,, и „, шеф криминалног подземља,, на које се подносилац представке позивао, образложивши своју одлуку тиме да је подносилац представке могао на основу свих законских прописа и уз одговарајућу правну помоћ разумети да ли за своје понашање може кривично одговарати. У предмету *Песино против Француске*⁵³ ЕСЉП је утврдио да на темељу промене судске праксе од стране Врховног Касационог суда Француске, односно заузимања другачијег схватања конкретног проблема који се односио на питање бесправне градње, подносилац представке није могао кривично одговарати, јер није могао предвидети да ће његово понашање имати за резултат извршење кривичног дела. У предмету *ЦР против Уједињеног Краљевства*⁵⁴ подносилац представке се позивао на непознавање укидања правила од стране Дома Лордова о непостојању кривичног дела силовања уколико су особе у браку. ЕСЉП је заузео став да је неприхватљиво позивање на непознавање укидања овог правила, из разлога јер је било очекивано да ће се ово правило променити, а имајући у виду еволуцију друштвених прилика и правац развоја судске праксе. Ова одлука је изазвала бројне полемике у пракси јер се сматрало да подносилац представке, чак ни уз одговарајућу правну помоћ, није могао да предпостави наведене промене⁵⁵.

Анализирајући домаћу судску праксу чини се да је суд само у једном предмету узео у разматрање спољне факторе, али је и тада превагнула чињеница која није од значаја за постојање института правне заблуде.

Правна забуда – практични проблем

Постоје мишљења, чији сам и сама поборник, да је институт правне заблуде у кривичном поступку, односно судској пракси домаћих судова неприметан, да се истом у довољној мери не бави ни судско веће, тужилаштво, али ни одбрана. Полазећи од формулације да правна заблуда

⁵¹ Исти став је заузет и у предметима: *Strelety, Kessler and Kreny v. Germany*, no. 34044/96, 35532/97, 44801/98, *K.-H.W. v. Germany* no. 37201/97, *Jorgic v. Germany* no. 74613/01 I *Korbely v. Hungary* no. 9174/02.

⁵² *Case of Alshlarba v. Georgia*, no. 45554/08, Judgment 15. Jul 2014

⁵³ *Case of Pessino v. France*, no. 40403/02, Judgment 10. October 2006.

⁵⁴ *Case of C.R. v. The United Kingdom*, no. 20190/92, Judgment 22 November 1995.

⁵⁵ R. Beddard, *The rights of the „criminal,, under Article 7 ECHR*, *El. Rev Supp.* (Human Rights Survey), 3

представља погрешну свест о забрањености дела, односно непостојање свести да се кривично дело чини, језичким тумачењем можемо закључити да уколико лице нема свест да је његова радња противправна лице се налази у правној заблуди. Са друге стране уколико се окривљени изјасни да није знао да је његова радња противправна, то у кривичном поступку није довољно. Имајући у виду да је већину тврдњи неопходно подкрепити доказима, поставља се питање на који начин би се могло доказати постојање правне заблуде код учиниоца кривичног дела. С обзиром на то да се у конкретном случају мора испитати чињеница свести, односно постојања свести да је радња противправна, или непостојање свести да је радња противправна, долази се до суштинског питања на који начин се може доказати нечија свест. Уколико се оде корак даље па се постави питање шта је то чега човек може бити свестан или мора бити свестан, долази се до закључка да се одговор на питање не може генерализовати, већ се сваком појединачном случају мора приступити засебно. То даље значи да се лице не може посматрати као исто међу једнакима, већ се у анализу морају укључити и спољни фактори као што су животно окружење, образовање, информисаност и искуство. Иако се чини да би формулација појма правне заблуде на предложен начин била оптерећена непрецизним појмовима, чини се да постојање егзактног појма правне заблуде то и захтева. Како се не ради о нечему што представља непознаницу, поткрепљује се чињеницом да Кривични закон Републике Словеније садржи одредбу да није крив учинилац који из оправданих разлога није знао да је конкретно дело забрањено. Оправдани разлози неће постојати уколико учинилац није познавао законска правила, а са којима је могао бити упознат, а шта суоправдани разлози цени се имајући у виду окружење, рад, улогу и положај⁵⁶. Поред предлога *de lege ferenda* чини се важним указати и на чињеницу да је неопходно да се конкретно питање расправи у кривичном поступку. На темељу приказане судске праксе може се закључити да су се поступајући судови водили строгом применом законске формулације, не упуштајући се у оцену дужности и могућности постајања свести о противправности. Како је већ и наведено сваком појединачном случају се мора приступити индивидуално, те предмет судске оцене, на шта се свакако мора ослањати одбрана мора бити и питање појединачних прилика окривљеног. У смислу наведеног неможе се очекивати од лица које није завршило основну школу, бави се пољопривредом и живи у окружењу људи који су правно неуки да буде свестан да је кривично дело, предвиђено чл. 57. Закона о девизном

⁵⁶ Казенски законик, *Урадни лист РС* шт. 50/2012, 6/16-попр., 38/16, 27/17 (чл. 31)

пословању⁵⁷, куповина или продаја иностране валуте између два познаника. У прилог наведеном несумњиво је да код кривичних дела *mala in se* тешко можемо замислити постојање правне заблуде, а имајући у виду да је код истих правна и друштвена забрањеност истоветна⁵⁸. Са друге стране постоје кривична дела *mala prohibita* која зависе од политике сузбијања криминалитета, односно од воље законодавца одређеног времена⁵⁹. У том смислу је важно указати на чињеницу да се кривична дела *mala in se* и *mala prohibita* не могу поистовећивати у контексту забрањености и свести о противправности. У смислу наведеног је важно сагледати сваки конкретан случај, а посебно имајући у виду да је немали број кривичних дела садржан и у споредном кривичном законодавству, све околности случаја, али и априори не одбацивати исказ окривљеног да није знао да је његова радња или понашање противправно. Свакако се наведеном може упутити критика да се флексибилнијим приступом отвара простор за злоупотребу права, као и да би се ширим сагледавањем наведеног институита суд оптеретио предметима који укључују институт правне заблуде. Мишљења сам да уколико је институт регулисан кривичним законодавством, постоји да би се примењивао. Са друге стране уколико се пође од теорисјке основе раздвајања *mala in se* и *mala prohibita* јасно је када и код којих кривичних дела правна заблуда може постојати, а код којих не. Уколико би суд у конкретном случају пошао од врсте кривичног дела, предвиђености законом, али и спољних фактора који су подједнако важне чињенице, чини се да до злоупотребе не би могло да дође. Савесном проценом судије професионалца, а у складу са слободним судијским уверењем на темељу свих доказа могла би да јасно утврди чињенично стање, а самим тим и правилно применити закон и донети одговарајућа пресуда. Примена института правне заблуде не значи и аутоматско доношење ослобађајуће пресуде, већ правилну примену права.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Доказивање постојања правне заблуде у домаћој судској пракси и даље представља недостижан покушај и то из разлога, бојазни од примене наведеног института који за правосудне органе вероватно представља корак ка ослобађајућој пресуди. Институт правне заблуде

⁵⁷ Закон о девизном пословању, *Сл. гласник РС* бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018

⁵⁸ З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд 2010, 164

⁵⁹ Ј. Таховић, *Кривично право – Општи део*, Савремена администрација, Београд 1961, 195.

није и не може да се посматра као корак ка ослобађајућој пресуди, већ мора бити сагледаван и коришћен искључиво као примена права. Уколико се пође од заштитне функције кривичног права и циља кривичног права, а то је да делује на понашање човека, али и сврхе кривичних санкција, а то је сузбијање друштвено опасних понашања, поставља се питање да ли се сврха и циљ могу постићи априори кажњавањем лица које је било у правној заблуди. Као што је већ и наведено позивањем на институт правне заблуде, одбрана би била у обавези да након саслушања окривљеног предложи и сведоке на околности окружења, рада, улоге и положаја окривљеног, као и исправе које би поткрепиле тврдње образовања и прилика у којима окривљени живи. У погледу питања доказне радње вештачења⁶⁰, вештак из области психологије би такође могао да утврди интелектуални капацитет окривљеног, као и евентуално постојање свести код окривљеног. На основу наведених доказних радњи би јасно могло да се утврди да ли је код окривљеног постојала свест о противправности.

Анализирајући предметну проблематику учинило се такође корисним размотрити и већ поменути формулацију Кривичног закона Републике Словеније, који може бити предлог прецизније законске регулативе, аличини се можда и довољним правилно применити наведени институт у судској пракси, односно сагледати га детаљно и темељно. Несме се свакако занемарити ни судска пракса Европског суда за људска права, односно повреда чл. 7. Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, а посебно у односу на питање јасности законске формулације кривичних дела.

Са свега наведеног чини се да је потребно да се већа пажња усмери ка примени института правне заблуде, ка покушају доказивања њеног постојања, која би уједно омогућила и другачије судске одлуке, па самим тим приморала све учеснике кривичног поступка да правилно примене закон. Иако је несумњиво да судска пракса не представља извор права, уколико би се учинио напор ка сагледавању наведеног проблема, успостављена судска пракса би могла допринети разјашњењу предметног питања и на тај начин омогућила правилну примену института правне заблуде, а самим тим и правилну примену права.

⁶⁰ Законик о кривичном поступку, *Сл. гласник РС* бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014

Minja Blažić Pavićević, LL.M
PhD student at the Faculty of Law University of Novi Sad, Attorney at
law minjablazic@hotmail.com

PROVING THE MISTAKE OF LAW

Abstract: Mistake of law is a modern institute of criminal law that is regulated in similar ways by multiple criminal codes. Wrong awareness of acts prohibition, wrong presumption that criminal act is being done, will be represented through norms of positive criminal codes, comparative law legislature, traditional law, Statute of the International Criminal Court, as well as practice of domestic courts, international courts and practice of European Court of Human Rights. Theoretical, normative, as well as case analysis have illuminated various dilemmas that can be faced and that are found in practice. Having in mind that we are dealing with very specific legal institute, institute that has not received much attention from courts, public attorney and defense, it seems important to point to the issues in proving the existence of mistake of law, as well as how it can be proven. Taking in aspect various ways of proving the mistake of law, attempt would be made into creating a possibility to properly and realistically use this institute without taking the position to see it in context of law abuse..

Key words: mistake of law, criminal proceedings, proving, awareness of illegality.

ВЛАДАВИНА ПРАВА И ВАНРЕДНО СТАЊЕ

UDC: 342.77:342.72/.73

Review paper

Апстракт: Владавина права је идеал коме тежи свака савремена, правна и демократска држава. Обезбеђујући правну једнакост и сигурност како за оне који врше власт тако и за оне који су тој власти подређени, владавина права омогућава предвидљивост целокупног правног система. Владавина права, у контексту овог рада, подразумева поштовање и примену права од свих субјеката, укључујући и државу. Држава владавине права настоји да обезбеди испуњавање одговарајућих друштвених, правних и политичких услова којима се омогућава остваривање људских права и слобода које су појединцима загарантоване националним и међународним правом. У држави може доћи до друштвених промена које у великој мери онемогућавају нормално функционисање државног и правног поретка, а због чега се успоставља ванредно стање, које може ограничити појединце у остваривању загарантованих права и слобода. Имајући у виду опасност или претњу са којом се држава суочава, држава настоји да омогући владавину права, међутим у одређеним ситуацијама попут ратног стања, узимајући у обзир државне и друштвене вредности које су угрожене, држава не може гарантовати остваривање закона у потпуности, односно привремено ограничава остваривање права. Најчешће се најважнијим правним документима, попут устава и закона унапред одређују ситуације у којима може доћи до ванредног стања, а у вези са тим и ограничавање владавине права у погледу привремене суспензије одређених права и слобода с једне стране, а проширивање овлашћења и повећања моћи државних органа с друге стране. У смислу наведеног, аутор жели да укаже на оправданост ограничавања

* Мастер криминалиста, студент докторских студија, Правни факултет, Универзитет у Новом Саду

појединца у остваривању појединих права и слобода за време трајања ванредног стања, односно у којој мери и под којим условима је оправдано ограничавати владавину права.

Кључне речи: *владавина права, ванредно стање, стање државне нужде, људска права и слободе, правна држава.*

1. Појам владавина права

Владавина права као политичко правна идеја настала је и развијала се у расправама о облицима државног уређења и односима државних власти, са основним захтевом да се политичка власт ограничи правом ради заштите појединца од самовоље властодржаца. Паралелно са појмом правна држава, владавина права се тумачи у оквиру правних теорија током 19. и 20. века.¹ Премда се о наведеним појмовима доста писало у областима филозофије, политике и опште теорије права, јединствене дефиниције о појму владавине права нема. Владавина права и правна држава често се користе као синоними, међутим наведени појмови нису истоветни и треба их разликовати. С једне стране „правна држава и владавина права имају заједничко социјално-економско и теоријско исходиште-грађанско друштво и либерализам, оба начела истичу ауторитет права, а загарантована људска права представљају меру човекове слободе“,² док с друге стране разлике између њих последица су места њиховог настанка и припадности различитим правним традицијама. У вези са тим, владавина права се као појам употребљава у англосаксонском правном систему,³ а правна држава у европском континенталном,⁴ док први предност даје садржинском, други предност даје формалном и нормативном појму законитости. Међутим, круцијалних разлика између наведених појмова

¹ Многи правни аутори истичу постојање елемената правне државе и владавине права још у античкој држави указујући на постојање начела поделе власти, начела законитости, независности судства и остваривање појединих слобода и права грађана.

² Вид., Гордана Р. Вукадиновић, „Савремена схватања правне државе код наших професора права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1–2/2008, 258.

³ Концепт владавине права у средњовековној Енглеској развијао се са циљем ограничења монархове власти и гарантовања основних права и слобода свих грађана.

⁴ Појам правне државе најчешће се везује за Немачку државу и период 19. века, међутим поједини писци (Слободан Јовановић, Радомир Лукић) зачетке правне државе везују за Француску револуцију, прелазак апсолутне монархије у уставну, и доношење француске Декларације права човек и грађанина која садржи основне елементе правне државе.

нема,⁵ „они имају исту суштину јер у основи подразумевају постојање државе која је омеђена правом, односно државе у којој су постављена правна ограничења деловању државне власти.“⁶

Може се закључити да се правна држава и владавина права залажу за поштовање и примену права, ограничавање државне власти и обезбеђивање правне једнакости, сигурности и предвидљивости, а „у мери у којој држава одлучи да управља у складу са владавином закона, у тој мери се владари слажу да ће ограничити своју слободу деловања и обавезати се да неће употребљавати силу која законом није одобрена.“⁷ Владавина права као таква представља „апсолутну доминацију унапред дефинисаних и познатих, недвосмислених и примењиваних норми правног система над самовољом државне власти и других субјеката.“⁸

Владавина права је један од најважнијих политичких идеала⁹ коме тежи свака савремена, правна и демократска држава. Имајући у виду да се користи и као мерило политичке легитимности, чак и државе у којима основни демократски принципи нису у потпуности остварени, наглашавају њено постојање настојећи да обезбеде правне, политичке, друштвене услове који омогућавају остваривање основних начела којима се обезбеђује владавина права. Најважнији принципи који представљају темељ владавине права садржани су у свим модерним уставним текстовима. Међу њима посебно се истичу принцип легитимности власти, уставности и законитости, подела државне власти, независно судство, заштита људских права и слобода, слобода привреде и привредне активности.¹⁰ На тај начин успоставља се правна заштита од субјективне воље тренутно владајућих појединаца и од сваког арбитрерног поступања државних органа власти, обезбеђује се остваривање унапред прописаног закона, а у вези са тим и осећај правне једнакости и сигурности. Идеја владавине права има битну улогу и многи политичари је посматрају као „потенцијално решење многих друштвено-економских и политичких проблема, а међународне институције троше милијарде долара у

⁵ Разултат расправа у Њу Делхију 1959. и Лагосу 1961. за последицу је имало правну унификацију и прихватање става да између владавине права и правне државе не постоје суштинске разлике.

⁶ Гордана Вукадиновић, Драгутин Аврамовић, „Увод у право“, Правни факултат у Новом Саду, Нови Сад, 2014. 102.

⁷ David McIlroy, „How Is the Rule of Law a Limit on Power?“ *Studies in Christian Ethics*, 1/2016, 43.

⁸ Саша Мијалковић, „Национална безбедност“, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2015, 54.

⁹ Jeremy Waldron, „The concept and the rule of law“, *Georgia Law Review*, 1/2008, 3.

¹⁰ Вид., Ратко Марковић, „Уставно право“, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 511-514.

настојањима да се она успостави широм света. Она одавно више није само национално-локални већ и међународно-глобални пројекат (међународна владавина права).¹¹

Владавина права представља референтну друштвену вредност која се остварује у периоду нормалног функционисања друштвеног и правног поретка. Међутим, у држави може доћи до промена које привремено онемогућавају нормално функционисање државних функција због чега се успоставља, односно проглашава ванредно стање (у европском континенталном праву), односно стање државне нужде (у англосаксонском праву). Док државе континенталног права проглашење ванредног стања сматрају „својим одговором на јавну опасност која угрожава егзистенцију саме државе“, земље англосаксонског права стање државне нужде „посматрају кроз призму нарушавања владавине права-кључне вредности на којој је заснован њихов целокупан правни систем.“¹²

2. Појам ванредног стања

Назив ванредно стање указује на стање током којег се на одређени временски период, односно привремено одступа од редовног функционисања државе и уобичајеног функционисања живота људи. Реч је о посебној ситуацији изазваној друштвеним, природним или техничко-технолошким опасностима унутрашње природе које могу угрозити независност, суверенитет, територијални интегритет државе, безбедност грађана, остваривање права и слобода. У правној, политичкој и безбедносној терминологији употребљавају се и други појмови попут стање државне нужде, опсадно стање, кризно стање, непосредна опасност по земљу, непосредна ратна опасност и други. Наведени термини који се користе могу се сматрати „алтернативни појмови који у основи значе исто-ванредно стање.“¹³

Ванредно стање је посебан правни режим на целој или на делу државне територије за време непосредне ратне опасности или ванредних унутрашњих прилика, настало услед побуна, нереда, штрајкова,

¹¹ Радомир Зекавица, *„Идеја владавине права од античких корена до савремене правне теорије и праксе“*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2018, 126.

¹² Драгутин Аврамовић, *„Увођење ванредног стања“*, магистарски рад, Нови Сад, 2009, 28. цитирано према Драган М. Митровић, *„Теорија државе и права“*, Београд, 2010, 241.

¹³ Драгутин Аврамовић, Драган Млађан, *„Ванредно стање и ванредна ситуација – компаративни термилошки и садржински аспекти“*, *Теме*, 2/2014, 768-769.

елементарних непогода и сл.¹⁴ Већина уставних текстова ванредно стање сматра уставним институтом путем којег држава настоји да заштити своје друштвене вредности и интересе. Увођење ванредног стања подразумева примену великог броја безбедносних мера које имају за циљ да елиминишу или у што већој мери сузбију последице које су довеле до нередовног стања у држави или заједници. У вези са тим, ова област се правно уређује тако што се уставним и законским одредбама прописује његово проглашавање, односно „околности поводом којих се овакво стање уводи, као и права, обавезе и одговорност надлежних друштвених субјеката за време њиховог трајања. Савремена уставна пракса такође није јединствена у овој материји. Један број устава надлежност проглашавања ванредног стања додељује законодавном органу, а шефу државе само ако законодавни орган то није у могућности да учини.“¹⁵

2.1. Појам ванредног стања у уставним и законским одредбама

Закон о одбрани Републике Србије дефинише ванредно стање као „стање јавне опасности у којем је угрожен опстанак државе или грађана а последица је војних или невојних изазова, ризика и претњи безбедности.“¹⁶ Према Уставу Републике Србије Народна скупштина проглашава ванредно стање када јавна опасност угрожава опстанак државе или грађана. Одлука о ванредном стању важи најдуже 90 дана, а по истеку наведеног рока одлука се може продужити за још 90 дана већином од укупног броја народних посланика. Кад Народна скупштина није у могућности да се састане, одлуку о проглашењу ванредног стања доносе заједно председник Републике, председник Народне скупштине и председник Владе, а Народна скупштина је дужна да такву одлуку о ванредном стању потврди у року од 48 сати од њеног доношења, односно чим буде у могућности да се састане, у супротном одлука престаје да важи.¹⁷ Из уставних одредби може се закључити да се Народна скупштина сматра примарним доносиоцем одлуке о проглашењу ванредног стања, док се председник државе, председник владе и председник Народне

¹⁴ *Мала политичка енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1996, 1286.

¹⁵ Зоран Вучинић, „Одбрамбене мере у нашим и страним прописима о одбрани“, *Војно дело*, 4/2010, 247.

¹⁶ Закон о одбрани, „Службени гласник РС“, бр. 116/2007, 88/2009, 88/2009 - др. закон, 104/2009 - др. закон, 10/2015 и 36/2018, чл. 4. тач. 6. Закон о одбрани истиче да се војни изазови, ризици и претње испољавају у облику агресије, оружане побуне и кроз друге облике употребе оружане силе, а невојни у облику тероризма, организованог криминала, корупције, елементарних непогода, техничко-технолошких и других несрећа и опасности. чл. 4. тач. 10.

¹⁷ Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006, чл. 200.

скупштине, који заједнички доносе одлуку о проглашењу ванредног стања, сматрају се секундарним колективним доносиоцем исте.¹⁸

Стратегија националне безбедности Црне Горе ванредно стање дефинише као „ситуацију у којој је степен опасности по националну безбедност реално процењен као изузетно висок и када је потребно предузети посебне мере за безбедност државе“, наглашавајући да је у „ванредном стању нормално функционисање државних структура озбиљно и потпуно угрожено“.¹⁹ Устав Републике Црне Горе експлицитно наводи у којим ситуацијама се може прогласити ванредно стање на територији или делу територије Црне Горе. То су случајеви великих природних непогода, техничко-технолошких, еколошких несрећа и епидемија, већег нарушавања јавног реда и мира и угрожавања или покушаја рушења уставног поретка. Ако скупштина није у могућности да се састане, Савет за одбрану и безбедност²⁰ доноси одлуку о проглашењу ванредног стања коју подноси на потврду Скупштини, а ванредно стање траје до престанка околности због којих је проглашено.²¹

Устав Републике Хрватске је специфичан у овом погледу јер се у њему не спомиње појам ванредног стања, већ појам ратног стања, непосредне угрожености независности и јединствености државе и велике природне непогоде. Закон о одбрани Републике Хрватске ову материју прецизније одређује неводећи да стање непосредне угрожености утврђује Хрватски сабор, а предлог може поднети и председник државе уз супотпис председника владе. Наведено стање проглашава се када „постоје очигледни показатељи оперативних припрема оружаних снага друге државе за предузимање поступака и активности усмерених на повреду суверенитета и независности, као и стање у држави у којем су због оружаног, терористичког или другог насилног деловања доведени у питање независност или територијалну целовитост“²² земље.

Ванредно стање, на делу или на целој територији Републике Северне Македоније, према уставу утврђује Собрање на предлог председника, владе или најмање 30 посланика. Одлука о утврђивању ванредног стања доноси се двотрећинском већином гласова од укупног

¹⁸ Јелена Јовичић, „Положај парламента за време ванредног и ратног стања у уставном систему Републике Србије“, *Наука, безбедност, полиција*, 1/2015, 166.

¹⁹ Стратегија националне безбједности Црне Горе, „Службени лист ЦГ“, бр. 75/08.

²⁰ Савет за одбрану и безбедност Републике Црне Горе сачињавају: председник државе, који председава саветом, председник скупштине и председник владе.

²¹ Устав Републике Црне Горе чл. 133. <http://www.skupstina.me/images/dokumenti/ustav-srne-gore.pdf> приступљено 06.06.2019.

²² Закон о одбрани Републике Хрватске, чл. 3. тач. 6. http://www.morh.hr/images/stories/morh_sadrzaj/pdf/zakon%20o%20obrani%20nn33-02.pdf приступљено 06.06.2019.

броја посланика и важи највише 30 дана. У случају да скупштина не може да се састане, председник доноси одлуку о ванредном стању и доставља је на потврђивање чим скупштина буде у могућности да се састане.²³ За разлику од претходно наведених уставних и законских решења у којем је доминантна надлежност скупштине, Устав Републике Северне Македоније истиче улогу и надлежност председника државе који алтернативно самостално проглашава ванредно стање. Ванредно стање на основу устава проглашава се када дође до већих природних катастрофа или епидемија.

Ванредно стање се успоставља када наступе безбедносно опасне ситуације, попут непосредне опасности од рата, побуне, немири, природне и техничко-технолошке несреће које представљају велику претњу по уставни и правни поредак, безбедност државе и грађана. Са циљем заштите државних интереса и грађана ванредно стање подразумева правовремену и адекватну реакцију војног и цивилног сектора који спроводе бројне активности како би се у што краћем временском периоду успоставило редовно стање у земљи.

3. Ванредно стање и владавина права у уставним текстовима

Имајући у виду бројне безбедносне изазове, ризике и претње са којима се све чешће суочавају савремене државе неопходно је указати на однос између владавине права као фундаменталне вредности и ванредног стања као уставног института у ком држава настоји да заштити своје државне и друштвене интересе. Уставним и законским одредбама прописује се у којима ситуацијама може доћи до успостављања ванредног стања, одређује се поступак и надлежност за утврђивање истог, као и мера које је неопходно применити поводом новонасталог стања у земљи. Држава настоји да у свакој ситуацији обезбеди остваривање права, међутим услед опасности којој је изложено становништво, државне и друштвене вредности, за последицу могу имати ограничење владавине права за време трајања ванредног стања. Држава ограничава остваривање владавине права због тога што “у таквим абнормалним приликама јавна власт ризикује да остане немоћна, уколико при њиховом сузбијању-односно, отклањању њихових последица-буде присиљена поступати према правним нормама превиђеним за њено функционисање у редовни, непоремећеним околностима.”²⁴ Основни циљ успостављања ванредног

²³ Устав Републике Северне Македоније, чл. 125. <https://www.sobranie.mk/content/Odluki%20USTAV/UstavSRSM.pdf> приступљено 06.06.2019.

²⁴ Јасна Омејец, „Ограничавање слобода и права човјека и грађанина у изванредним стањима“, *Друштвена истраживања*, 2/1996, 348.

стања је успешно превазилажење опасности која је задесила друштво и успостављање редовног стања. Оправданост ограничења владавине права у периоду ванредног стања не би требало доводити у питање имајући у виду специфичност ситуације и чињеницу да се држава налази у крајњем неповољном положају због чега на основу устава и закона успоставља ванредно стање за чије време трајања долази до укидања или ограничавања појединих уставних и законских одредби.

3.1. Ограничење људских права и слобода за време ванредног стања

Ситуација која је довела до нередовног стања на целој или делу територије за последицу може имати ограничење или укидање одређених правних норми као и активирање правних норми које су законом и уставом предвиђене за ситуацију ванредног стања. Држава, односно власт се налази у незавидном положају због чега на основу устава и закона успоставља тзв. посебан правни режим ванредног стања током којег легитимно може ограничити владавину права. За време ванредног стања може доћи до повећања овлашћења носилаца државних функција, ограничења или потпуног укидања уставом зајамчених права и слобода грађана. Оваква правна решења су у складу са међународно правним обавезама. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода предвиђа да стране уговорнице могу одступити од преузетих обавеза по Конвенцији и ограничити људска права и слободе у ванредним околностима попут „доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације и то у најнужнијој мери коју изискује таква ситуација“.²⁵ Идеја ограничења заснива се на признавању да већина људских права није апсолутна, већ одражава равнотежу између појединца и интереса заједнице.²⁶ Поједини аутори попут Орена Гроса истичу страх да „увођење стања државне нужде у правни поредак може омогућити држави да користи своја проширена ванредна овлашћења чак и када се таква употреба не захтева.“²⁷ Од могућих злоупотреба страховала је и међународна заједница када је доносила одредбе којим се ограничавају људска права и слобода у међународним актима сматрајући да „чак и у ванредном стању требало би да превладава основни принцип владавине

²⁵ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, чл. 15. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf приступљено 06.06.2019.

²⁶ Dominic McGoldrick, “The interface between public emergency powers and international law”, *Oxford University Press*, 2/2004, 383.

²⁷ Oren Gross, „Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?“, *The Yale Law Journal*, 5/2003, 1052.

закона.“²⁸ Премда зајемчена људска права и слободе доприносе правној једнакости и остваривању слобода појединаца у демократским друштвима која се заснивају на идеји владавине права, по проглашењу ванредног стања уставне и законске норме дозвољавају одступање од људских и мањинских права загарантованих уставом, и то само у обиму у којем је то неопходно, сразмерно природи опасности и на начин који је предвиђен највишим правним актима.

Уставна решења у овој области су јако слична, готово идентична. Скупштина као законодавни орган је примарни доносилац мера којима се ограничавају загарантована права и слободе грађана, а у случају да она није у могућности да се састане то може учинити Влада, уредбом, уз супотпис председника државе. Овакво решење је усвојено у Уставу Републике Србије који прописује да се уредба Владе о мерама одступања од људских права и слобода за време ванредног стања мора поднети на потврду Народној скупштини у року од 48 сати од њеног доношења, или чим Народна скупштина може да се састане, у супротном мере ће престати да важе након прве седнице законодавног органа од проглашења нередовног стања у држави. Устав Републике Црне Горе готово идентично као и Устав Републике Србије предвиђа ограничење људских права и слобода, међутим Устав Црне Горе не спомиње рок у којем се уредба Владе мора потврдити. Устав Републике Хрватске предвиђа да за време нередовних стања у земљи Хрватски сабор двотрећинском већином укупног броја свих посланика може ограничити људска права и слободе „да би се заштитиле слободе и права дугих људи као и правни поредак, јавни морал и здравље.“²⁹ У ситуацијама када Хрватски сабор није у могућности да се састане, ограничење људских права и слобода осим Владе, може предложити и председник државе али уз супотпис председника Владе. Устав Републике Северне Македоније такође предвиђа да ограничење права и човека грађана за време трајања ванредног стања на сличан начин као и претходно наведени уставни бивших југословенских држава. Из наведеног се закључује да се “нормативна надлежност органа извршне власти у ванредним стањима супсидијарно поставља и подразумева аутономно регулисање режима остваривање људских права“³⁰ под условима предвиђеним Уставом и законом.

²⁸ Erica-Irene A. Daes, "The Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights", E/CN.4/Sub.2/432/Rev.2, United Nations, New York, 1983, 204.

²⁹ Устав Републике Хрватске, чл. 16 https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2001_05_41_705.html приступљено 06.06.2019.

³⁰ Наташа Рајић, „Нормативна надлежност органа извршне власти у редовним и ванредним приликама“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2010, 392.

Поменути устави предвиђају да ограничење и одступање од људских права и слобода може трајати колико и само ванредно стање, односно престанком ванредног стања све мере којима се ограничавају загарантована права и слободе престају да важе. Мере одступања не смеју да доведу до разликовања на основу расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности или друштвеног порекла.³¹ Устав Црне Горе за разлику од Устава Републике Србије проширује карактеристике на основу којих се не смеју дерогирати људска права и слободе. Стога, „ограничења се не сме чинити по основу пола, националности, расе, вере, језика, етничког или друштвеног порекла, политичког или другог уверења, имовног стања или било каквог другог личног својства.“³² Да мере којима се ограничавају људска права и слободе не смеју бити дискриминаторског карактера предвиђа и Устав Републике Хрватске и Устав Републике Северне Македоније. Устав Р. Србије³³, Р. Црне Горе,³⁴ Р. Хрватске³⁵ и Р. Северне Македоније³⁶ у својим одредбама таксативно наводе неприкосновена права и слободе (на пр. право на живот, достојанство и поштовање личности, право на слободу мисли, савести и вероисповести, забрана мучења, суровог или понижавајућег поступања, слобода изражавања националне припадности, забрана изазивања расне, националне и верске мржње и сл.) која се не могу дерогирати, односно у погледу којих, ни у ком случају, ограничења нису правно дозвољена.

3.2. Овлашћења и надлежност органа законодавне и извршне власти током ванредног стања

За време ванредног стања, као посебног стања непосредне опасности по државу и њене друштвене и правне вредности и интересе услед појаве различитих облика и врста опасности, на снагу могу ступити правне норме које се за време нормалног функционисања у држави не примењују и које имају за циљ отклањање опасности и успостављање редовног стања у држави. Џон Лок сматра да је немогуће „законима предвидети све несреће и потребе које тичу јавности или проглашавати законе који неће нанети штету ако се извршавају са непопустљивом строгошћу у свим приликама и на све грађане, према томе извршној власти се даје могућност да предузму многе ствари по избору које закони

³¹ Устав Републике Србије, чл. 202.

³² Устав Републике Црне Горе, чл. 25.

³³ Устав Републике Србије, чл. 202.

³⁴ Устав Републике Црне Горе, чл. 25.

³⁵ . Устав Републике Хрватске, чл. 17.

³⁶ Устав Републике Северне Македоније, чл. 54.

не прописују.³⁷ Имајући у виду да је реч о изузетним ситуацијама, привремено може доћи до поремећаја надлежности носиоца државних функција, најчешће извршних државних органа, ради концентрације власти како би се ефикасније деловало у таквим ситуацијама.

Тако на пример Устав Републике Србије и Устав Републике Црне Горе предвиђају да скупштина као законодавни орган за време ванредног стања не може бити распуштена (чл.109 Устава РС, чл. 92 Устава РЦГ), док Устав Републике Хрватске предвиђа да се „трајање мандата посланицима у Хрватском сабору може законом продужити“³⁸ у случају непосредне угрожености независности, јединствености и опстанка државе. Поједини уставни текстови предвиђају да у случају да мандат председника државе истиче, оно се продужава, најдуже, на период од три месеца од дана престанка ванредног стања (чл. 116. Устава РС, чл. 97. Устава РЦГ). Устав Републике Северне Македоније, за време ванредног стања предвиђа продужавање мандата не само председника државе, већ и владе, судија Уставног суда и чланова Републичког судског савета (чл. 128. Устава Р. Северне Македоније) не истичући период на који се мандат продужава, што може бити у политичкој пракси злоупотребљено.

За време ванредног стања повећава се моћ носиоца извршне власти у случајевима када законодавни орган није у могућности да се састане и спроводе своју надлежност. Тако на пример Устав Републике Црне Горе предвиђа да влада за време ванредног стања „може доносити уредбе са законском снагом ако скупштина није у могућности да се састане,³⁹ с тим да је дужна да их поднесе на потврђивање чим скупштина буде у могућности да се састане. Исто предвиђа и Устав Републике Северне Македоније, у случају нередовних стања попут ванредног „Влада ће у складу са Уставом и законом, донети уредбе са законском снагом. Овлашћење владе за доношење уредби са законском снагом траје до краја ратног или ванредног стања о чему одлучује Скупштина.“⁴⁰ Међутим, Устав Републике Хрватске проширује овлашћења председника државе тако што предвиђа да се „у случају непосредне угрожености независности, јединствености и опстанка државе председник Републике може, уз супотпис председника Владе, наредити употребу оружаних снага иако није проглашено ратно стање.“⁴¹ У случају непосредне угрожености државе или „када су тела државне власти онемогућена да

³⁷ Locke, John, Ian Shapiro. *Two Treatises of Government : And a Letter Concerning Toleration*. Yale University Press, 2003, 172.

³⁸ Устав Републике Хрватске, чл. 76.

³⁹ Устав Републике Црне Горе чл. 101.

⁴⁰ Устав Републике Северне Македоније, чл. 126.

⁴¹ Устав Републике Хрватске, чл. 99.

редовно обављају своје уставне дужности председник републике може, на предлог председника владе и уз његов супотпис доносити уредбе са законском снагом,⁴² и коначно, председник има право сазвати седницу Владе и на њој председавати.

Ванредно стање које се проглашава од стране највиших државних власти у држави представља механизам самозаштите у неповољним временима у којима се нашла држава и њено становништво. Из наведених одредби може се закључити да у околностима посебне опасности која изискују успостављање ванредног стања долази до привременог ограничења људских права и слобода и поремећаја надлежности, права и обавеза носиоца државне власти. Међутим, начело владавине права, чак и за време ванредног стања захтева владавину закона и минимум јавних институција које ће поштовати унапред прописана законска начела. Ванредне ситуације могу угрозити успостављени правни поредак стварајући политички притисак за повећање моћи извршне власти на штету законодавних и судских институција. Имајући увиду наведено, постоји бојазан да када се законска ограничења ублаже или напусте, да се овлашћења за ванредне ситуације могу трајно учврстити омогућавајући даље злоупотребе јавних овлашћења и након што криза прође.⁴³ Због тога је неопходно уставом и законом прописати да сви државни органи морају водити бригу о томе у ком обиму се спроводи ограничење владавине права и са којим циљем и да ли постоји начин да се тај циљ оствари на неки други начин како би се ограничење права свело на најмању могућу меру.

Закључак

Имајући у виду све претходно изнесено може се закључити да владавина права представља правни и политички идеал ком треба тежити и унапређивати у политичкој пракси. Појава опасности које могу делимично или у потпуности угрозити опстанак и функционисање државе и грађана за последицу имају успостављање ванредног стања, као посебног правног режима који се успоставља ради отклањања безбедносних ризика и претњи и ради бржег успостављања редовног стања у држави. Ванредно стање, управо из тог разлога подразумева, у складу са највишим правним актима државе, предузимање ванредних мера међу којима је и ограничење владавине права. То значи да се на

⁴² Ibid. чл. 100.

⁴³ Вид., Criddle, Evan J., Evan Fox-Decent, "Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law." *Human Rights Quarterly*, 1/2012, 46.

основу устава и закона с једне стране одступа од појединих правних норми, док се с друге стране примењују друге правне норме предвиђене за ситуацију ванредног стања.

Ограничење владавине права у погледу одређених слобода и права грађана и премаћ појединих носилаца државних функција у односу на друге органе државне власти је неминовност у периоду ванредног стања имајући у виду пре свега специфичне услове у којима се налази друштво и држава и имајући у виду потребу за приоритетну заштиту државних интереса. Упркос томе што се држава налази у стању државне нужде која изискује примену ванредних мера на својој територији, држава сваком појединцу мора обезбедити остваривање уставом загарантованих људских права и слобода која се чак ни у кризним временима не ограничавају. Исто тако, држава се мора постарати да одмах по престанку ванредног стања и ванредних мера, обезбеди владавину права и грађанима омогући остваривање људских права и слобода која су загарантоване домаћим и међународним актима. На крају, неопходно је истаћи да демократско правне државе не смеју дозволити да дође до злоупотребе уставног института ванредног стања који представља привремено стање у којем се налази држава и друштво. Ванредно стање и успостављене ванредне мере не смеју бити злоупотребљене од стране носиоца политичке моћи који могу искористити ситуацију и ванредно стање преобликовати у перманентно и редовно стање уз суспендовану владавину права, као начин своје владавине и за остваривање политичке доминације.

Nevena Jovanović, LL.M

PhD candidate, Faculty of Law University in Novi Sad, Republic of Serbia
nevena88jovanovic@yahoo.com

RULE OF LAW AND STATE OF EMERGENCY

Abstract: Every modern, legal and democratic state aspires to the rule of law. By securing equality and security both for those in power and those who are subjected to authority, rule of law enables predictability of the entire legal system. Rule of law, in the context of this paper, implies respect and application of rights of all subjects, including the state. A rule of law state tends to secure the fulfilment of corresponding social, legal and political conditions which enable the realization of human rights and liberties, guaranteed to individuals by their national and international law. Social changes that greatly hinder normal functioning of state and legal order can occur in states, leading to the introduction of a state emergency that can limit individuals in their pursuit of guaranteed rights and liberties. Having in mind the danger or threat it faces, a state tends to secure the rule of law; however, in certain situations, like in war, taking into account all the endangered state and social values, a state cannot guarantee realization of law to its full extent, i.e. it temporarily limits it. It is most often the case that the most important legal documents, such as the Constitution and Laws, determine beforehand situations that constitute a state of emergency; this implies both restriction of the rule of law by a temporary suspension of certain rights and liberties and expansion of authority and power of state organs. In this context, author aims to indicate the justification of restriction of individuals in their pursuit of individual rights and liberties during a state of emergency, i.e. to what extent and under what conditions is it justified to limit the rule of law.

Key words: rule of law, state of emergency, state of necessity, human rights and liberties, legal state

ULOGA LOKALNE SAMOUPRAVE U ZAŠTITI ŽIVOTNE SREDINE

UDC: 352:502/504(497.11)

Review paper

Apstrakt: *U uslovima tehnološkog napretka, svaki čovek se mora odgovorno ponašati prema prirodi, jer ulaganje u zaštitu životne sredine predstavlja investiciju za budućnost, javno zdravlje i kvalitet života, uopšte. U tom „globalnom projektu”, važna je uloga svih nivoa vlasti, centralnog, ali i lokalnih, koje su bliže građanima i tako značajno mogu da doprinesu i osnaže njihovu svest o potencijalima i značaju zaštite životne sredine.*

U radu se analizira postojeći pozitivno pravni okvir Republike Srbije u domenu zaštite životne sredine, sa posebnim akcentom na ulogu i značaj lokalnih samouprava, kao i trenutno stanje i učinjeni naponi u procesu evropskih integracija u nameri harmonizacije domaćeg zakonodavstva sa evropskim.

Potrebno je unaprediti administrativne i finansijske kapacitete na lokalnom nivou, delovati i konstatno naglašavati značaj prevencije, informisati građane i podizati svest o očuvanju životne sredine. Posebno je važno iskoristiti mogućnost saradnje lokalnih samouprava, udruživanjem sredstava, izradom i realizacijom zajedničkih projekata, uz uključivanje komunalne policije, organizacija civilnog društva, privrede i građana.

Izdvajanja iz lokalnih budžeta za zaštitu životne sredine, trebalo bi da budu veća i konstatna, kao i edukacija zaposlenih, te jačanje kadrovskih kapaciteta zapošljavanjem novih kadrova, posebno specijalizovanih za oblast zaštite životne sredine. Jedna od slabosti postojećeg sistema delovanja lokalnih samouprava u domenu zaštite životne sredine je i neadekvatno funkcionisanje inspeksijskog nadzora, te se u radu predlažu i mere, koje bi trebalo da doprinesu efikasnijem delovanju ovog oblika upravnog nadzora.

Ključne reči: *zaštita životne sredine, lokalna samouprava, reforme.*

* Student doktorskih studija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Uvod

Zaštita životne sredine dugogodišnji je predmet interesovanja velikog broja međunarodnih i regionalnih institucija i dokumenata usvojenih pod njihovim okrljem. Ovim pitanjem, vrlo ozbiljno, bavi se i veliki broj neformalnih organizacija i udruženja širom sveta, koji često mogu da deluju podsticajno na naučnu i stručnu javnost kritikujući nedostatak spremnosti i odsustvo konkretnih akcija, koje bi dugoročno uticale na očuvanje planete, na kojoj živimo. Svedoci smo, da se na planeti Zemlji svakodnevno dešavaju ozbiljne klimatske promene, koje su posledice raznih zagađenja, a koje izrazito negativno utiču na zdravlje čovekove vrste i na izumiranje velikog broja biljnih i životinjskih vrsta.

Republika Srbija je 2004. godine usvojila novi Zakon o zaštiti životne sredine i Zakon kojim se implementira Arhuska konvencija, jedan od najznačajnijih dokumenata u ovoj oblasti, usvojena 1988. godine. Izmene i dopune ovih Zakona izvršene su 2009. godine, kada je doneta i grupa zakona, koja se pojedinačno bavi pojedinim pitanjima, koja su od značaja za zaštitu životne sredine, kao što su Zakon o zaštiti vazduha, Zakon o zaštiti od buke u životnoj sredini, Zakon o zaštiti od jonizujućih zračenja i nuklearnoj sigurnosti (2018. usvojen je novi Zakon o radijacionoj i nuklearnoj sigurnosti i bezbednosti), Zakon o zaštiti prirode, Zakon o vodama. Na donošenje novih zakona, kao i njihovo noveliranje, značajno je uticao proces evrointegracija, koji je započeo 2001. da bi 2013. godine Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju stupio na snagu, a marta 2012. Srbija dobila status kandidata za članstvo u Evropskoj Uniji. Izveštaji Evropske Komisije ukazuju da u oblasti zaštite životne sredine Srbija umnogome zaostaje za evropskim standardima i da se na tom polju mora naporno raditi.

Polazeći od Ustava RS¹, svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju, te da je svako, a posebno Republika Srbija i autonomna pokrajina odgovorna za zaštitu životne sredine. Takođe Ustav RS u čl. 190. predviđa da se opština, preko svojih organa stara o zaštiti životne sredine.

U poduhvatu zaštite životne sredine, važan činilac, pored države, autonomne pokrajine, ali i svakog pojedinca i njegove svesti o tome, jesu i lokalne samouprave. Lokalne vlasti i lokalna uprava najbolje mogu prepoznati probleme, faktore rizika, uzroke i posledice po životnu sredinu u kojoj žive, ali i definisati potencijale, kojima raspolažu u cilju rešenja problema, kojima doprinose zaštiti svoje lokalne sredine i kvaliteta života svojih građana, a time i globalne životne sredine. Često je lokalnim samoupravama, prebečena

¹ Ustav RS, „Službeni glasnik RS“ br. 98/2006

velika odgovornost u sprovođenju rešenja ekoloških problema, na njihovim teritorijama, praćena nedovoljnim finansijskim sredstvima. Sa druge strane, postoje i lokalne samouprave, koje ne prepoznaju svoju ulogu i značaj u ovom globalnom projektu, te ostaju nezainteresovane.

Arhuska konvencija² (1998), sadrži tri grupe pravila (ekoloških subjektivnih prava), koja se odnose na: pravo građana na dostupnost informacija, pravo javnosti da učestvuje u donošenju odluka o životnoj sredini („zelene skupštinske stolice”) i pravo na pravnu zaštitu u slučajevima kada su prethodno pomenuta dva ekološka prava povređena. Na osnovu ovoga može se ceniti i doprinos usvajanja Arhuske konvencije u odnosu na lokalni nivo vlasti, time što stvara uslove za: 1) slobodan pristup ekološkim informacijama, 2) poboljšava informisanost i znanje javnosti o stanju životne sredine i njenoj zaštiti, 3) stvara mehanizam za učešće građana, udruženja i javnosti u planiranju i donošenju ekoloških odluka i 4) mogućnost uspostavljanja saradnje i umrežavanje lokalnih samouprava u cilju zaštite životne sredine.³

U tom cilju lokalne samouprave obavljaju izvorne i poslove poverene od strane centralnog nivoa vlasti, donose odgovarajuće akte i preduzimaju upravne i druge mere. Zakonom o zaštiti životne sredine,⁴ određeno je da životna sredina predstavlja skup prirodnih i stvorenih vrednosti čiji kompleksni međusobni odnosi čine okruženje, odnosno prostor i uslove za život, te da sistem zaštite životne sredine, u okviru svojih ovlašćenja, obezbeđuju: 1) Republika Srbija; 2) autonomna pokrajina; 3) opština, odnosno grad (jedinica lokalne samouprave), 4) preduzeća, druga domaća i strana pravna lica i preduzetnici, koji u obavljanju privredne i druge delatnosti koriste prirodne vrednosti, ugrožavaju ili zagađuju životnu sredinu; 5) naučne i stručne organizacije i druge javne službe; 6) građanin, grupe građana, njihova udruženja, profesionalne ili druge organizacije. Subjekti zaštite sistema životne sredine odgovorni su za svaku aktivnost kojom menjaju ili mogu promeniti stanje i uslove u životnoj sredini, odnosno za nepreduzimanje mera zaštite životne sredine, u skladu sa

² Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine [26] usvojena je 1998. godine u Arhusu u Danskoj, na 4. Ministarskoj konferenciji „Životna sredina za Evropu“, pod pokroviteljstvom Ekonomske komisije UN za Evropu (UNECE). Konvencija je stupila na snagu 2001. godine, nakon što ju je ratifikovao potreban broj zemalja. Arhuska konvencija povezana je sa drugim najvažnijim konvencijama Ujedinjenih nacija (Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine).

³ P. Dimitrijević, D. Vučetić, J. Vučković, Sistem lokalne samouprave norma i proces, Niš, Medivest Niš, 2018.

⁴ Zakon o zaštiti životne sredine, „Službeni glasnik RS“ br. 135/2004, 36/2009-dr.zakon, 72/2009- dr. zakon, 43/2011- odluka US, 14/2016, 76/2018, 95/2018- dr. zakon i 95/2018- dr zakon.

zakonom. Pomenuti subjekti su dužni da međusobno sarađuju, obezbeđuju koordinaciju i usklađivanje u donošenju i sprovođenju odluka.

Republika Srbija ostvaruje saradnju u oblasti zaštite životne sredine sa drugim državama i međunarodnim organizacijama, ali je pored toga važno naglasiti mogućnost saradnje i udruživanja jedinica lokalne samouprave, koja je predviđena Zakonom o lokalnoj samoupravi, a koja naročito može biti iskorišćena i produktivna na polju zaštite životne sredine.

1. Nadležnost jedinica lokalne samouprave u zaštiti životne sredine

Poslovi lokalne samouprave u oblasti zaštite životne mogu se podeliti na opšte, propisane Zakonom o lokalnoj samoupravi i posebne, propisane pojedinim sektorskim Zakonima, koji regulišu određenu oblast od značaja za zaštitu životne sredine.

Opšta nadležnost jedinice lokalne samouprave jeste staranje o zaštiti životne sredine, ali lokalne samouprave obavljaju i druge poslove od lokalnog značaja određene zakonom (npr. u oblastima odbrane, zaštite i spasavanja, zaštite od požara, zoohigijene i dr.), kao i poslove od neposrednog interesa za građane, u skladu sa Ustavom, zakonom i statutom, s tim što se pojedini poslovi državne uprave zakonom mogu poveriti svim ili pojedinim opštinama, u interesu efikasnijeg i racionalnijeg ostvarivanja prava i obaveza građana i zadovoljavanja njihovih potreba od neposrednog interesa za život i rad. Opština, kao poverene poslove obavlja pojedine poslove inspekcijaskog nadzora iz oblasti, prosvete, zdravstva, zaštite životne sredine, rudarstva, prometa robe i usluga, poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva i druge inspekcijske poslove u skladu sa zakonom.

Poslovi zaštite životne sredine, koje obavljaju i jedinice lokalne samouprave mogu se podeliti u nekoliko grupa:

1) Planiranje i korišćenje prirodnih vrednosti, među kojima se može izdvojiti upravljanje prirodnim vrednostima u koje spadaju prirodni resursi, obnovljive ili neobnovljive geološke, hidrološke i biološke vrednosti koji se, direktno ili indirektno, mogu koristiti ili upotrebiti, a imaju realnu ili potencijalnu ekonomsku vrednost, zaštićena prirodna dobra i javna prirodna dobra. Lokalna samouprava je dužna, da u skladu sa načelom očuvanja prirodnih vrednosti upravlja prirodnim resursima. U realizaciji ovog cilja Republika Srbija donosi Strategiju prostornog razvoja i Nacionalnu strategiju održivog razvoja korišćenja prirodnih resursa i dobara, a autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave donose u okviru nadležnosti utvrđenih zakonom, svoje planove i programe upravljanja prirodnim resursima i dobrima, koji moraju biti u skladu sa pomenutim strateškim dokumentima, s tim da dve ili više

jedinice lokalne samouprave mogu doneti zajedničke programe.

Kontrolu korišćenja i zaštitu prirodnih resursa i dobara obezbeđuju organi i organizacije Republike Srbije, autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave, u skladu sa zakonom, a naročito: 1) sprovođenjem Nacionalne strategije, planova, programa i osnova, na nivou autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave; 2) primenom standarda, normativa i propisa o korišćenju i zaštiti prirodnih resursa i dobara; 3) strateškom procenom uticaja na životnu sredinu planova, programa, osnova i drugih akata kojima se uređuje korišćenje prirodnih vrednosti i zaštita životne sredine; 4) procenom uticaja projekata na životnu sredinu na svim nivoima istraživanja i eksploatacije; 5) integrisanim sprečavanjem i kontrolom zagađivanja životne sredine; 6) usklađenim sistemom dozvola, odobrenja i saglasnosti; 7) vođenjem katastra korišćenja prirodnih bogatstava i dobara; 8) organizovanjem monitoringa korišćenja prirodnih resursa i dobara, stanja životne sredine prikupljanjem, objedinjavanjem i analizom podataka i kvantifikovanjem trendova.⁵

Lokalne samouprave imaju odgovornost i za zaštitu javnih zelenih površina na svojim teritorijama. One se podižu i održavaju na način koji omogućava očuvanje i unapređivanje prirodnih i stvorenih vrednosti. Ukoliko se zbog izgradnje objekta unište javne zelene površine, one se moraju nadoknaditi pod uslovima i na način koji određuje jedinica lokalne samouprave.

Skupština jedinice lokalne samouprave posebnom odlukom uređuje opšte uslove zaštite, način podizanja i održavanja i obnove uništenih javnih zelenih površina, kao i vođenje podataka o javnim zelenim površinama.

Ključan faktor za dugoročno i sistematsko očuvanje životne sredine od strane jedinica lokalne samouprave jesu prevencija i planiranje. Svaka jedinica lokalne samouprave, mora da proceni faktore rizika po životnu sredinu na svojoj teritoriji, te da analizira mogućnosti i izradi planove za preventivno uklanjanje izvora opasnosti ili ukoliko je šteta naneta, za sanaciju nastalih ekoloških šteta. Ministarstvo za zaštitu životne sredine i prostornog planiranja, organ autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave dužni su da učestvuju u donošenju prostornih, urbanističkih i drugih planova uređenja i osnova korišćenja poljoprivrednog zemljišta, šumske, vodoprivredne, lovoprivredne osnove i programa unapređenja ribarstva na ribarskim područjima i druge planove. Prilikom izrade ovih planova, obaveza pomenutih subjekata zasniva se na obavezi nastojanja da se:

1) prirodni resursi i dobra očuvaju i unapređuju i u najvećoj meri obnavljaju, a ako su neobnovljivi da se racionalno koriste; 2) obezbedi očuvanje i održavanje značajnih ili karakterističnih obeležja predela,

⁵ Čl. 32. Zakona o zaštiti životne sredine

unapređivanje predela, njihovo ponovno uspostavljanje i stvaranje, a koja su od velikog značaja za zaštitu divlje flore i faune i njihovih staništa; 3) obezbedi zaštita i nesmetano ostvarivanje funkcija zaštićenih prirodnih dobara sa njihovom zaštićenom okolinom i u najvećoj mogućoj meri očuvaju staništa divljih biljnih i životinjskih vrsta i njihove zajednice; 3) obezbedi očuvanje izgrađenog prostora; 4) obezbede uslovi za odmor i rekreaciju čoveka; 5) odrede mere zaštite životne sredine; 6) prikaže postojeće stanje i planirano stanje sa merama potrebnim da se planovi ostvare.⁶

U slučajevima neposredne opasnosti ili prekoračenja posebnih graničnih vrednosti zagađenja, Ministarstvo je dužno da obavesti javnost i donose akt o uvođenju posebnih mera. U tom slučaju organ jedinice lokalne samouprave ima obavezu donošenja akta o uvođenju posebnih mera, ako je zagađenje ograničeno na teritoriji jedinice lokalne samouprave i nema uticaja na šire područje.

Vlada Republike Srbije ima nadležnost da utvrdi kriterijume za određivanje statusa ugrožene životne sredine i za utvrđivanje prioriteta za sanaciju i remedijaciju. Na osnovu ovih kriterijuma, status ugrožene životne sredine i prioritete za sanaciju i remedijaciju za područje od značaja za Republiku Srbiju određuje Ministarstvo, uz pribavljeno mišljenje drugih nadležnih organa, a za područje od lokalnog značaja određuje jedinica lokalne samouprave. Tom prilikom, jedinica lokalne samouprave je dužna da pribavi prethodnu saglasnost Ministarstva na predlog akta kojim se određuje status ugrožene životne sredine i prioriteti za sanaciju i remedijaciju za područja od lokalnog značaja, a za područja od lokalnog značaja na teritoriji autonomne pokrajine, saglasnost nadležnog organa autonomne pokrajine.

2. Primeri dobre i loše prakse postupanja lokalnih samouprava u zaštiti životne sredine

Pregledom internet sajtova lokalnih samouprava u Republici Srbiji, primetno je da su gotovo sve lokalne samouprave usvojile Strategije održivog razvoja, koje sadrže i akcione planove, koji se odnose na zaštitu životne sredine, ali se postavlja pitanje da li i u kojoj meri lokalne samouprave idu putem usvojenih Strategija. Mediji su doprinoseći faktor i dobar partner lokalnoj samoupravi u nastojanju da se zaštiti životna sredina, jer imaju izuzetan uticaj na formiranje vrednosnih sudova pojedinaca. Sa druge strane važan činilac u ovom procesu su i obrazovne institucije, predškolske ustanove, jer se kultura

⁶ Čl. 40. Zakona o zaštiti životne sredine.

očuvanja životne sredine neguje od „malih nogu”, ali i škole i fakulteti.⁷

Grad Bor je jedan od lokalnih samouprava na čijem području postoji veliko zagađenje vazduha, usled postojanja i rada Rudarsko-topioničarskog basena Bor. Analizirajući Strategiju održivog razvoja grada Bora, primetno je da Strategija sadrži izrađenu SWOT analizu u oblasti zaštite životne sredine. Kao glavne prednosti lokalne samouprave Bora, navedeni su: ljudski faktor (školovanje stručnih kadrova), institucije (škole, fakultet, institute za bakar), visoka cena bakra, praćenje zagađenja vazduga (instalirane merne stanice), lokalni i okružni ekološki akcioni plan, ekološke nevladine organizacije, otvorena Kancelarija za životnu sredinu, planirani projekat izgradnje nove topionice i fabrike sumporne kiseline, projekat koji će se finansirati iz kredita Svetske banke- kolektor i rekultivacija, projekat regionalne deponije i reciklaže, formiranje Budžetskog fonda za zaštitu životne sredine, izrađen Plan kvaliteta vazduha, odobrena visoka sredstva za novu tehnologiju (zatvoreni sistem proizvodnje bakra). Na drugoj strani slabosti su: dugogodišnje odlaganje produkta proizvodnje (kopovska raskrivka), aerozagađenost vode i zemljišta, usporena dislokacija grada (gradnja ispod dimnjaka), primena stare tehnologije u proizvodnji, odsustvo više deponija komunalnog otpada.⁸

Jedan od strateških ciljeva i prioriteta grada Bora je jačanje ekološke svesti kod svojih stanovnika. U tom cilju u strategiji je planiran permanentan edukativan rad sa osobama svih uzrasta, koji obuhvata projekte edukacije stanovništva u cilju zaštite i unapređenja životne sredine, projekat ekološke edukacije u osnovnim školama, projekat edukacije rukovodećih kadrova i stručnjaka iz sektora zagađivača, kroz organizovanje seminara i radionica i organizovanje ekološke škole.

Lokalna samouprava grada Pančeva, odnosno njeni građani, slično, se kao i stanovnici grada Bora, suočavaju sa ozbiljnim zagađenjem vazduha u svom gradu. Pančevački monitoring aerozagađenja dugo godina beleži značajno prekoračenje tolerantnih vrednosti PM10 čestica, opasnih atmosferskih materija koje se zbog svog jako malog prečnika lako uvlače u ljudska pluća i uzrokuju respiratorna oboljenja. U okviru Strategije analize grada Pančeva, anketirano je 223 ispitanika, sa pitanjem kako ocenjuju stanje životne sredine u svom gradu. Više od polovine ispitanika, stanje životne sredine u Pančevu, ocenilo je kao loše (52%) i kao veoma loše (28%), ali bolje nego u proteklih deset godina. Na pitanje, šta ili ko najviše utiče na loše stanje životne sredine u Pančevu, najveći broj ispitanika odgovorio je da su to zastarele tehnologije u industriji, saobraćaju, poljoprivredi, komunalnim delatnostima (19%), zatim

⁷ Na pojedinim pravnim fakultetima u Srbiji, na osnovnim i master studijama, u poslednjim godinama uveden je predmet, pod nazivom Ekološko pravo, koji nema status obaveznog predmeta, već fakultativnog.

⁸ Strategija održivog razvoja Bora, dostupno na: <http://bor.rs/>, pristup, 15. 06. 2019.

nepoštovanje propisa iz oblasti životne sredine od strane privrednih subjekata (16%), neadekvatan inspeksijski nadzor, nedovoljna kontrola i sankcija (14%); neadekvatan odnos građana prema životnoj sredini (15%). Bilo je i odgovora da političari i „ekološka mafija”, najnegativnije utiču na stanje životne sredine u lokalnoj samoupravi grada Pančeva.⁹

Stanovnicima grada Zrenjanina je od 2004. godine voda zabranjena za piće, zbog povećane koncentracije arsena. 2018. godine u tom gradu puštena je u probni rad Fabrika vode, ali je nakon nepunih godinu dana rada novoizgrađeni prečistač vode u Zrenjaninu, prestao sa radom. Investitor je naveo da je pogon isključen zbog nečistoća koje su se pojavile na filterima. Od tada se grad snabdeva vodom kao i pre, iz izvorišta. Jasno je da ne postoji dovoljno spremnosti lokalne samouprave, ali i centralne vlasti da reše ovaj, veliki, problem stanovnika grada Zrenjanina.

Posebno je važno naglasiti realizaciju projekata, koje su sprovodile lokalne samouprave, u oblasti zaštite životne sredine, a koji su finansirani iz evropskih fondova, te promocijom uspešno okončanih projekata pružiti podsticaj za dalje korišćenje raspoloživih sredstava za ove namene. Takav je „Program podrške civilnom društvu u Srbiji u oblasti životne sredine (CSOnnect)“ (novembar 2016. – novembar 2017), koji se sprovodi sa ciljem jačanja kapaciteta organizacija civilnog društva, koje u svom portfoliju imaju zaštitu životne sredine i koje imaju potencijal da preuzmu vodeću ulogu u ključnim izazovima vezanim za životnu sredinu u pregovorima Srbije sa Evropskom unijom (Pregovaračko poglavlje 27).¹⁰

Grad Šabac je 2017. godine dobio postrojenje za prečišćavanje otpadnih voda, koje se više ne ulivaju u Savu kod Šapca. Dnevno u postrojenje stigne i preradi se oko 17000 metara kubnih kanalizacionih i industrijskih otpadnih voda. Ovaj projekat, od izuzetne važnosti za očuvanje životne sredine, finansirali su Evropska unija, Republika Srbija i lokalna samouprava. Lokalna samouprava grada Šapca pokazala je izuzetno zainteresovanost, sprenost i upornost u želji da njihov grad dobije jedno ovakvo postrojenje.

Na Zlatiboru je 2018. godine počela izgradnja postrojenja za preradu otpadnih voda, koje bi trebalo da reši pitanje otpadnih voda na tom području. Ova fabrika rešiće problem zagađenja Crnog Rzava i njegove pritoke Obudojevice.¹¹

⁹ Dostupno na: <http://www.pancevo.rs/lokalna-samouprava/strategija-razvoja-grada/>, pristup: 16.06. 2019. godine

¹⁰ Realizator Programa je Regionalni centar za životnu sredinu (REC) – Kancelarija u Srbiji, a finansira ga Švedska agencija za međunarodni razvoj i saradnju (Sida).

¹¹ Izgradnja ovog postrojenja će koštati četiri i po miliona evra, veći deo novca je obezbedila lokalna samouprava, dok je slovenačka vladina agencija, Centar za međunarodni razvoj i saradnju Republike Slovenije (CMSR), dala donaciju od 1,5 miliona po evra.

Stiče se utisak da mogućnost međusobne saradnje jedinica lokalne samouprave, njihove saradnje sa civilnim društvom, ali i regionalne saradnje u oblasti zaštite životne sredine, nije dovoljno iskorišćena. Naime, samim Zakonom o lokalnoj samoupravi¹² predviđeno je da jedinica lokalne samouprave njeni organi i službe, kao i preduzeća, ustanove i druge organizacije čiji je osnivač, ostvaruju saradnju i udružuju se sa drugim jedinicama lokalne samouprave i njenim organima i službama u oblastima od zajedničkog interesa i radi njihovog ostvarivanja mogu udruživati sredstva i obrazovati zajedničke organe, preduzeća, ustanove i druge organizacije i ustanove, u skladu sa zakonom i statutom.

Poslovi iz oblasti komunalnih delatnosti zajednički se obavljaju na osnovu sporazuma o saradnji jedinica lokalne samouprave, u skladu sa zakonom koji uređuje komunalne delatnosti.

Takođe, jedinice lokalne samouprave mogu ostvarivati saradnju u oblastima od zajedničkog interesa sa jedinicama lokalne samouprave u drugim državama, u okviru utvrđene politike Republike Srbije, uz poštovanje teritorijalnog jedinstva i pravnog poretka Republike Srbije, u

skladu s Ustavom i zakonom. Dobar primer saradnje lokalne samouprave sa nevladinim sektorom, korišćenjem sredstava iz donacije je opština Beočin, kojoj je odobren petnaestomesečni projekat pod nazivom "Unapređenje zaštite životne sredine kroz efikasnije upravljanje čvrstim otpadom", u čijem su osmišljavanju i sprovođenju kao partnerske organizacije učestvovali udruženje građana Centar za ravnomerni regionalni razvoj – CenTriR iz Beograda i Grad Valjevo, a sredstva za realizaciju projekta obezbedila je lokalna samouprava i Evropska Unija.¹³

Strategijom upravljanja otpadom Republike Srbije, predviđena je mogućnost formiranja međuopštinskih regiona i reciklažnih centara raspoređenih među opštinama, jer se smatra da se regionalnim pristupom problemu upravljanja otpada ovaj problem može efikasnije sagledati i rešavati.

3. Finansiranje zaštite životne sredine u lokalnoj samoupravi

¹² Zakon o lokalnoj samoupravi, „Službeni glasnik RS“, br. 129/2007, 83/2014-dr. zakon, 101/2016-dr.zakon i 47/2018

¹³ Pitanje zaostalog istorijskog otpada preduzeća koja su u restruktuiranju ili procesu privatizacije je jedno od još uvek nerešenih pitanja u Republici Srbiji. Tako je Ministarstvo zaštite životne sredine, uz podršku Vlade Republike Srbije i u saradnji sa lokalnom samoupravom Loznice u 2018. godini, realizovalo uklanjanje i trajno zbrinjavanje 100 tona opasnog hemijskog otpada iz FAK Loznica, koji se sastoji iz cijanidnih soli, izmeren je, upakovan shodno propisima, i izmešten od strane ovlašćenog operatera radi izvoza u Austriju, gde će biti duboko zakopan u rudniku soli.

Republika Srbija, odnosno autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave, u okviru svojih ovlašćenja obezbeđuju finansiranje i ostvarivanje ciljeva zaštite životne sredine, u skladu sa zakonom. Sredstva za zaštitu životne sredine mogu se obezbeđivati i putem donacija, kredita, sredstava međunarodne pomoći, sredstava stranih ulaganja namenjenih za zaštitu životne sredine, sredstava iz instrumenata, programa i fondova EU, UN i međunarodnih organizacija.

Korisnik prirodne vrednosti plaća naknadu za korišćenje prirodnih vrednosti i snosi troškove sanacije i rekultivacije degradiranog prostora, u skladu sa posebnim zakonom, a sredstva, koja se tom prilikom ostvaruju, prihod su budžeta Republike i budžeta autonomne pokrajine, odnosno jedinice lokalne samouprave. U 2019. usvojena je Uredba¹⁴, kojom se određuju i kriterijumi za određivanje naknade za zagađivanje životne sredine, a u skladu sa načelom zagađivač plaća. Ovo načelo predviđa da zagađivač plaća naknadu za zagađivanje životne sredine kada svojim aktivnostima prouzrokuje ili može prouzrokovati opterećenje životne sredine, odnosno ako proizvodi, koristi ili stavlja u promet sirovinu, poluproizvod ili proizvod koji sadrži štetne materije po životnu sredinu.¹⁵

Zagađivač, u skladu sa propisima, snosi ukupne troškove mera za sprečavanje i smanjivanje zagađivanja koji uključuju troškove rizika po životnu sredinu i troškove uklanjanja štete nanete životnoj sredini.

Najznačajnija sredstva za zaštitu životne sredine u lokalnoj samoupravi bi trebalo da bude obezbeđena u budžetima lokalnih samoupravi. Međutim, praksa je pokazala da su ta sredstva procentualno vrlo niska, nekada zanemarljiva i nedovoljna da prate i realizuju ciljeve postavljene u Strategijama razvoja lokalnih samouprava. Tako u jednom istraživanju, koje je sprovedla Stalna konferencija gradova i opština, kojim su obuhvaćene 62 opštine u 2012. godini procenat učešća sredstava namenjenih za zaštitu životne sredine u prihodima lokalnih budžeta izgleda ovako: preko trećine ispitivanih opština (24/62, 39%) imalo je manje od 0,50% učešća ovih sredstava u svom budžetu; šestina opština (10/62, 16%) imala je 0,50–1,00% učešća; osmina opština (8/62, 13%) imala je 1,00–2,00% učešća; šestina opština (10/62, 16%) imala 2,00–3,00% učešća i tek preostala šestina ispitivanih opština (10/62, 16%) imala je preko 3,00% učešća sredstava namenjenih za zaštitu životne sredine u prihodima budžeta. Ukupno, u 2012. godini je preko četiri petine

¹⁴ Uredba o kriterijumima za određivanje aktivnosti koje utiču na životnu sredinu prema količini zagađenja, odnosno stepenu negativnog uticaja na životnu sredinu, koji nastaje obavljanjem aktivnosti, iznosima naknada, uslovima za oslobađanje od plaćanja naknada ili njeno umanjenje, kao I kriterijumima koji su od značaja za uticaj fizičkih lica na životnu sredinu „Službeni glasnik RS” br. 29/2019, 55/2019.

¹⁵ Vidi čl. 19 Zakona o zaštiti životne sredine

ispitivanih opština (52/62, 84%) izdvajalo manje od 3,00% prihoda budžeta za zaštitu životne sredine. Posmatrano numerički, prosečno učešće sredstava namenjenih za zaštitu životne sredine u prihodima budžeta ispitivanih opština kreće se u rasponu 1,00–2,00%, što je iznenađujuće slično prosečnom broju zaposlenih na poslovima zaštite životne sredine (1–3%). Ovakav procenat se kod sumarnog pregleda budžeta zanemaruje i stoga iskazuje kao deo šire grupe stavki, što se opet poklapa sa opisanim modelima organizacije obavljanja poslova zaštite životne sredine u okviru starijih upravnih oblasti.¹⁶

4. Inspekcijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine

Važan segment očuvanja i zaštite životne sredine predstavlja adekvatno upostavljanje i efikasno funkcionisanje inspekcijskog nadzora, kao jednog od oblika upravnog nadzora.

Kontrolna ekološka funkcija se komplementarno ostvaruje i na državnom i na lokalnom nivou. Ova funkcija je posebno važna zbog svoje efikasnosti i delotvornosti u svim situacijama kada postoji stanje ugrožavanja i povreda životne sredine, a usled nepoštovanja pozitivnih propisa i normiranih standarda. S druge strane, značaj monitoring i kontrole je posebno važan kada se ima u vidu i preventivni karakter inspekcijske ekološke kontrole.¹⁷

Zakonom o zaštiti životne sredine propisana su široka ovlašćenja inspektora za zaštitu životne sredine, pri vršenju ekološkog inspekcijskog nadzora. Inspektor ima ovlašćenja, između ostalog da: naredi u određenom roku otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju mera zaštite; zabrani uništavanje ili oštećivanje divlje flore i faune i njihovih staništa; zabrani sakupljanje ili stavljanje u promet divlje flore i faune, njihovih razvojnih oblika i delova bez dozvole, onih delova čije je promet zabranjen međunarodnim ugovorima i onih čiji je promet dozvoljen ali se vrši bez dozvole; zabrani izgradnju i upotrebu postrojenja, odnosno kompleksa i obavljanje aktivnosti ako nisu ispunjeni propisani zahtevi i normativi u pogledu emisije i nivoa zagađujućih materija, ako nemaju odgovarajuću i ispravnu opremu i uređaje kojima se smanjuje ili sprečava emisija zagađujućih materija ili energije ili ako nisu preduzete druge mere i uslovi zaštite životne sredine; zabrani proizvodnju i promet prevoznih sredstava koja ne ispunjavaju uslove u pogledu emisije za mobilne izvore zagađivanja; zabrani ispuštanje zagađujućih i opasnih materija, otpadnih voda ili energije u vazduh, vodu i zemljište na način i u količinama, odnosno koncentracijama ili nivoima iznad propisanih; zabrani rad, upotrebu

¹⁶ Dostupno na: http://www.skgo.org/storage/app/uploads/public/152/095/866/1520958664_Stanje_sistema_ZZS_na_lok_nivou_u_Srbiji.pdf, pristup. 17.07. 2019.

¹⁷ S. Lilić, M. Drenovak, Ekološko pravo, Pravni fakultet, Beograd, 2010. 54.

ili korišćenje tehnologije, tehnološkog procesa, koje nisu dozvoljene; zabrani upotrebu ili korišćenje proizvoda, poluproizvoda ili sirovina koje po odredbama ovog zakona nisu dozvoljene; zabrani uvoz opasnog otpada zabrani uvoz, izvoz i tranzit otpada suprotno odredbama ovog zakona i naredi da se vrati pošiljaocu; naredi obavljanje monitoringa na propisan način; naredi sprovođenje mera zaštite životne sredine, u skladu sa ovim zakonom; zabrani raspolaganje sredstvima sa računa pravnog lica, preduzetnika i fizičkog lica na osnovu izvršnog zaključka; uzima uzorke zemljišta, voda, otpada, vazduha preko ovlašćene organizacije; u postupku prinudnog izvršenja rešenja izvrši pečaćenje prostorija, postrojenja, odnosno kompleksa, opreme ili prostora zbog kojih je došlo ili je moglo doći do zagađivanja ili oštećivanja životne sredine, u skladu sa zakonom.¹⁸

Sagledavajući veliki broj nadležnosti koje imaju inspektori za zaštitu životne sredine, postavlja se pitanje njihove brojnosti, odnosno da li je dovoljno lica zaposleno na ovim radnim mestima u jedinicama lokalne samouprave. Pored toga sugerise se i češće stručno usavršavanje svih zaposlenih u čiji delokrug rada spada i zaštita životne sredine. Problem analize trebalo bi da bude i neadekvatna kaznena politika od strane samih inspektora za zaštitu životne sredine, jer se često dešava da i ona lica, koja su dužna da sankcionišu ekološke delikte i primenjuju zakon nisu svesna težine dugoročnih posledica.

U mnogim evropskim državama postoji institucija lokalnog ekološkog ombudsmana („zeleni ombudsman”) Lokalni ombudsman je dodatno sredstvo za vansudsku zaštitu prava za zaštitu životne sredine. On ima ulogu „duvača u pištaljku, medijatora i korektivnog faktora, koristeći iskustvo i najbolju praksu razvijenih demokratija. Osluškujući prigovore, utvrđujući činjenice, sugerisući fer rešenja i predlažući nužne pristupe i korektivne mere, ekoombudsman postiže bolji balans u postojećoj aismetriji između birokratije i pojedinaca na polju ekologije.¹⁹

Zaključak

Zaštita životne sredine je posao svih nas i dugoročno ulaganje u budućnost, opstanak i zdravlje budućih naraštaja. Iako su velike industrijske sile, međunarodne i regionalne organizacije, te koje su u mogućnosti da utiču na dalje pravce očuvanja globalne životne sredine, odgovornost u ovom poduhvatu moraju preuzeti i lokalne samouprave. Lokalne samouprave

¹⁸ Čl. 62. Zakona o zaštiti životne sredine

¹⁹ P. Dimitrijević, Ekološki ombudsman (Ekologija, Etika i Pravo), Ekojustus II zbornik radova, Palić, 2010. str. 132.

moraju da prepoznaju opasnosti i rizike po životnu sredinu, koje postoje na njihovoj teritoriji, delujući, uvek kada je to moguće preventivno, odnosno sanirajući nastale štete, kada do njih dodje. Lokalne samouprave, moraju biti savesne i odgovorne prema svojim građanima i redovno ih upozoravati o svim mogućim opasnostima po njihovo zdravlje, koje mogu nastati usled oštećenja životne sredine. Primetno je da u Republici Srbiji, lokalne samouprave, nisu u dovoljnoj meri prepoznale svoju ulogu i značaj u zaštiti životne sredine, što se naročito može videti izrazito niskim izdvajanjima finansijskih sredstava iz lokalnih budžeta za ovu namenu. Takođe, nedovoljno je iskorišćena mogućnost udruživanja i saradnje, dveju ili više jedinica lokalne samouprave, pri realizaciji zajedničkih ekoloških poduhvata i projekata, a naročito je primetna slaba saradnja jedinica lokalne samouprave sa nevladinim sektorom u ovoj oblasti.

Sistem inspekcijuskog nadzora, normativno je dobro koncipiran, ali u praksi ne funkcioniše na adekvatan način, a kao uzroci se, između ostalog, mogu navesti i nedovoljan broj zaposlenih inspektora za zaštitu životne sredine, ali i neadekvatnost kaznene politike.

Jovana Anđelković, LL.M.
PhD student, Faculty of Law, University of Niš
jovana@prafak.ni.ac.rs

THE ROLE OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN ENVIRONMENTAL PROTECTION

Abstract: *In terms of technological progress, every person must behave responsibly towards nature, because investment in environmental protection represents an investment for the future, public health and quality of life, in general. In this “global project”, the role of all levels of government is important, central as well as local, that are closer to citizens and can significantly contribute and strengthen their awareness of the potential and importance of environmental protection.*

The paper analyzes the existing legal framework of the Republic of Serbia in the area of environmental protection, with a special emphasis on the role and importance of local self-governments, as well as the current state and efforts made in the process of European integration in the intent of harmonizing national legislation with European law.

It is necessary to improve the administrative and financial capacity at the local level, to act and to constantly emphasize the importance of prevention, to inform citizens and raise awareness of the environment. It is especially important to use the possibility of cooperation of local self-governments, pooling of funds, development and realization of joint projects, with the involvement of municipal police, civil society organizations, business and citizens.

The allocation of funds from local budgets for environmental protection should be higher and more permanent, as well as education of employees, and strengthening of personnel capacities by employing new staff, especially those who are specialized in the field of environmental protection. One of the weaknesses of the existing system in the work of local self-governments in the domain of environmental protection is the poor functioning of inspection control, so the author suggests measures that should contribute to more efficient operation of this form of administrative control.

Key words: *environmental protection, local self-government, reforms.*

ПРИДОБИВКИТЕ И ПОСЛЕДИЦИТЕ ОД ТРАНСПАРЕНТНОСТА И ОБЕЛОДЕНУВАЊЕТО НА ИНФОРМАЦИИТЕ ЗА ДЕЛОВНОТО ПОВЕДЕНИЕ НА КОРПОРАЦИИТЕ

UDC: 334.73:005.332.5(4-672EU)

Review paper

***Апстракт:** Корпорациите се доминантна движечка сила на реалниот економски сектор. Нивната големина и моќ им дозволува да бидат носители на новите трендови во деловните односи на отворениот пазар. Светската бизнис елита како дел од големата слика на глобализацијата, наметнува потреба од проширување на стандардите за известување и транспарентност на корпорациите за нивното тековно работење.*

За корпорацијата како посебен правен ентитет, важат скоро истите норми во сите правни поредоци на државите од целиот свет. Објавувањето на финансиските и нефинансиските извештаи е опфатено во националните легислативи, Европските директиви и Кодексите за корпоративно управување и ја претставува транспарентноста во работењето на корпорациите.

Од моментот на регистрација за името на корпорацијата се врзуваат голем број на права и обврски. За разлика од другите облици на водење бизнис, корпорациите имаат најголеми обврски во транспарентноста и доставувањето на информации за тековното работење пред институциите на системот и широката јавност. Со цел зголемување на вредноста и зацврстување на позициите на пазарот, корпорациите во зависност од категоријата на која припаѓаат ги објавуваат финансиските и нефинансиските извештаи.

Финансиските извештаи се од особено значење бидејќи опфаќаат информации за финансиската кондиција на корпорацијата. Преку нив лесно се следи состојбата на средствата и изворите на свеж капитал со кој располага истата. Заинтересираните страни многу лесно може да ги проверат остварените финансиски резултати за определен временски

* Докторанд на Правниот факултет Јустинијан Први, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје

период преку следење на билансите на успех, каде се искажуваат вкупно остварените приходи и расходи од работењето. Транспарентно и во законски утврден рок се објавуваат и промените на капиталот, готовинските текови и ревизорските извештаи. Не помалку важност имаат и нефинансиските извештаи кои исто така обелоденуваат голем број информации за членовите на органите на управување, податоци за акционерите, трансакции со поврзани лица, факторите на ризик како и податоци за структурата и политиката на корпоративното управување.

За придобивките и последиците од обелоденувањето на информациите за работењето на корпорациите и нивните постапки во деловното поведење ќе биде направена продлабочена анализа со што ќе се покаже важноста во обезбедувањето на терен за фер и еднаков третман пред институциите на системот, а во исто време и индиректна помош на инвеститорите во обезбедувањето на навремени и прецизни информации, кои се релевантни во реализирањето на големите бизнис зделки.

Клучни зборови: *корпорации, финансиски извештаи, нефинансиски извештаи, биланс на состојба, биланс на успех, капитал, акционери, приходи, расходи...*

Вовед

Предизвиците со кои секојдневно се соочува светот на бизнисот, генерираат многу стравови и несвесно ги заложуваат во системот кој се гради на основа на деловните односи. Сакајќи да се покаже дека деловното поведење се издигнува на едно повисоко ниво, светската бизнис елита едногласно го одомаќини терминот транспарентност и со помош на институциите на системот го преточи во облигација.

Тренапарентното работење стана синоним за легалност и лојалност на правните субјекти кои делуваат во реалниот економски сектор.

Во делот на транспарентноста, националните законодавства превиделе законска рамка во која се наложува достапност и точност на информациите кои трговските друштва се должни да ги обезбедат за потребите на сите засегнати страни и генерално за пошироката јавност. На тој начин се воспоставени темелите на еден систем преку кој може да се следат релевантните информации за компаниите, како и компаративните фискални анализи за изминатите години.

Искуството покажало дека дебатите за степенот на транспарентност

на корпорациите оставиле можност за продолжување и проширување на оваа тема во насока на продлабочена стручна анализа.

Поаѓајќи од ове факти пристапив кон споредбена анализа на придобивките и последиците кои се резултат од исполнувањето на законските обврски од страна на корпорациите во делот на транспарентоста и обелоденувањето на информациите за нивното деловно работење.

Фокусот ќе биде ставен на последиците од искористувањето на релевантните информации од страна на нелојалната конкуренција и реалните ризици во делот на шпекулациите кои имаат силно влијание во тековното работење на корпорациите.

Придобивките ќе бидат анализирани од гледна точка на менџментот на корпорациите, сопствениците на корпорациите и потенцијални инвеститори.

На тој начин излагањето ќе биде заокружено со изведување на заклучоци на основа на синтетизираната анализа.

Транспарентноста – синоним за новите трендови на деловното поведење на корпорациите

Во услови на брз проток на информации и динамично делување, стануваме се позависни од факторот “real time“-реално време. Техничко-технолошкиот развој остава силен печат и постојано ги поместува границите на брзината и достапноста на податоците. Транспарентното работење е веќе синоним за легалност и лојалност на правните субјекти. Тоа секако не значи дека претходно не постоела искреност и точност на податоците кои се разменуваат за потребите на внатрешната трговија и меѓународна размена на стоки и услуги.¹Првиот предуслов и зачеток на модерниот светски пазар настанал како потреба на неколку економии за постојана меѓународна размена, која во основа била базирана на висок степен на доверба меѓу трговците. Довербата во бизнис релациите не е предмет на продажба. Таа се стекнува и се негува.

Корпорациите се најкрупни структурални правни субјекти во реалниот економски сектор. Сложената организациска структура и обемот на бизнис кој го водат ги прави препознатливи ентитети во бизнис заедницата и широката јавност. За големината и финансиската моќ на корпорациите се врзуваат голем број права и обврски кои се опфатени во легислативите на матичните држави и меѓународно воспоставените

¹ Primislav Markovic, Politika Ekonomija Socijalizma – Visa Skola za Spoljnu Trgovinu u Beograd, Beograd, 1966, str.103.

стандарди. Националниот предзнак корпорациите го добиваат во моментот на регистрација во државата која сами ја бираат, а наднационалниот со обемот на деловните зделките, каде не се препознаваат државните граници.

Корпорациите се синоним за сериозен чинител на отворениот пазар. Кованицата ²”Joint stock company” е одомаќинета во економските речници на земјите ширум светот и се поврзува со корпоративна организациска форма на трговските друштва. Во Соединетите Американски Држави “Inc” е кратенка од името на компаниите – корпорации, во Велика Британија - “Plc”, во Франција - “SA”, во Германија - “AG”..., а кај нас “АД”.

Во нашата држава законодавецот го дефинирал ³акционерско друштво како - трговско друштво во кое акционерите учествуваат со влогови во сопствената главнина, која што е поделена на акции и акционерите не одговараат за обврските на акционерското друштво.

Досегашната пракса покажала дека нема правни и технички пречки во правниот промет и акционерските друштва се идентификуваат со корпорациите кои котираат на светските берзите.

Силен печат на новот време оставија и ⁴последните достигнувања во областа на телекомуникациите. Создадени се можности за виртуелна комуникација моментално низ целиот свет. Тоа има голем удел во процесите кои влијаат на проширувањето на капацитетите за производство на добра и услуги на локации кои се одалечени од крајните потрошувачи. Како резултат на ваквите промени, значајно е зголемено движењето на добра, услуги, финансиски ресурси и информациски текови преку националните граници на државите.

Физичките и правните лица кои се активни учесници во правниот промет, полесно се врзуваат за кратенката во називот на компаниите која укажува на трговско друштво со корпоративна структура.

² Oxford English Dictionary

³ Во Законот за трговските друштва, „Службен весник на Република Македонија “број 28/2004, 84/2005, 25/2007, 87/2008, 42/10, 48/10, 24/11, 166/12, 70/13, 119/13, 120/13, 187/13, 38/14, 41/14, 138/14, 88/15, 192/15, 6/16, 30/16, 61/16 и 64/18, член 270.

⁴ Модерна економија на трудот, теорија и јавна политика; Роналд Г. Ехренберг –Школа за индустриски релации и релации на пазарот на труд, Универзитет Корнел, Роберт С.Смит - Школа за индустриски релации и релации на пазарот на труд, Универзитет Корнел, стр.559.

Корпоративно управување во услови на висок степен на транспарентност

Праксата покажала дека на основа на почитување на начелата и принципите на корпоративното управување се полага висок степен на доверба во градењето на деловните односи.

Доброто корпоративно управување е збир од јасна организациска структура со прецизно дефинирани обврски на управувачките структури и вработените, ефикасни процедури за идентификување, мерење, следење и контрола на сите резиси, ефикасни механизми на интерна контрола, целосно почитување на сите сметководствени стандарди и транспарентност во работењето.

Токму поради навременото и точно објавување на финансиските и нефинансиските извештаи кои произлегуваат од дејноста на друштвото, информациите за стратешките одредници и исполнување на обврските од Кодексот на корпоративно управување.

Менаџерските тимови на корпорациите со објавувањето на информациите за внатрешна употреба и информациите кои треба да бидат соопштени пред широката јавност се соочуваат со голем предизвик. Исполнувањето на законските обврски повлекува целосна усогласеност на внатрешните процеси со потребите на заинтересираните стејкхолдери во делот на достапноста на информациите за компаниите.

Законодавецот за ⁵“Внатрешна информација” – вели дека е секоја ценовно чувствителна информација која не е јавно објавена преку печатени или електронски медиуми, а “Ценовно чувствителни информации” – ги дефинира како информации од специфична природа кои се директно или индиректно поврзани со издавачот на хартиите од вредност и кои доколку се обелоденат, би можеле да влијаат на цената на хартиите од вредност на издавачот или да влијаат на одлуката на инвеститорите да купуваат, продаваат или да ги чуваат хартиите од вредност.

Ценовно чувствителните информации по исклучок може и да не бидат објавени ако јавното објавување на тие информации значително ќе ги загрози деловните тајни на правното лице или би било спротивно на интересот на купувачите и на постојните акционери и ако правното лице гарантира дека овие податоци нема да бидат обелоденети пред јавноста.

Регулаторните тела сепак излегуваат во пресрет на бизнис потребите во исклучителни ситуации и ваквите постапки ги пропишуваат во

⁵ Закон за Хартии од вредност, “Службен весник на РМ “ бр.95/2005, 25/2007, 7/2008, 57/2010, 135/2011, 13/2013, 188/2013, 43/2014, 15/2015, 154/2015, 192/2015, 23/2016, 83/2018, член.2, став 2 и став 44.

посебни подзаконски акти.

Транспарентноста и законските обрски

Најсложена постапка во обелоденувањето на податоците имаат друштвата со статус на правно лице, ограничена одговорност, преносливи акции и централно управување.⁶ Иако Законот за трговски друштва се разликува во различни правосудства, постојат четири основни карактеристики на деловните корпорации:

- Ликвидност и можност за продавање – акциите може да се разменуваат без затворање на корпорацијата, обичната акција може да биде запишана на берза.

- Права на глас – обично секоја акција му дава право на имателот на еден глас по акција за прашања за кои е потребно гласање и за избор на нови директори. Директорите го избираат врвниот менаџмент.

- Оданочување – корпорацијата има двојно одночување. Корпоративниот приход се оданочува, исто така и дивидендите на акционерите се оданочуваат.

- Реинвестиција и политика на исплата на дивиденди – корпорациите имаат широка можност во одлучувањето за исплата на дивиденди.

Во интерес на унапредување на реалниот економски сектор, а со тоа и обезбедување на сигурна приходна стапка во националните буџети, институциите на системот во најголем број земји пристапиле кон усогласување на прописите кои се однесуваат на корпоративното делување. На тој начин меѓународните стандарди од областа на финансиското и деловното право станале составен дел на националните јурисдикции.

Процесот на усогласување на легислативата и кодексите за деловно постапување на корпорациите не бил еднократен и едноставен. Следствено на општествено политичките збиднувања, корпоратизмот се поврзува со ⁷економскиот трипартизам – каде се вклучени преговорите меѓу бизнис заедницата, синдикатите и инаституционалните лоби групи во прагматичното креирање на економската политика. Има многу долга историја и борба во докажувањето дека ниту корпорациите може да делуваат независно и без поддршка од државните апарати и обратно – ниту државните апарати можат без корпорациите. Навидуме едноставно кажано и дури може да асоцира на плитизирање или наметнување на

⁶ Корпоративни финансии/ Стивен А. Рос, Рандолф В. Вестерфилд, Џефри Ц. Џаф – Скопје: Магор, 2010, - 960 стр, фраф. прикази: 25 см. Стр 10.

⁷ Hans Slomp. European Politics into the twenty first century: integration and division. Westport, Connecticut, USA: Praeger Publishers, 2000. Pg.81.

нечија волја во тековното работење.

Напротив, станува збор за воспоставување на еден систем на доверба и градење на партнерски односи меѓу бизнис заедницата и институциите од извршната власт вклучувајќи ги независните регулаторни тела и пошироката стручна јавност.

Егзактните показатели потврдиле дека ваквиот систем на размена на информации, меѓусебна поддршка и заденичко учество во унапредување на законската регулатива и промовирање на позитивните искустава на обете страни, се постигнуваат значителни резултати.

Обртот на капитал, стапката на раст на Бруто Домашниот Производ и останатите релевантни индикатори се движат во нагорна линија кога постои транспарентност и отчетност кај чинителите на бизнис заедницата.

Правопропорционално со финасиската кондиција и стратешките определби во деловното работење, акционерските друштва учествуваат во големата рамка на глобализација и економска интеграција. Градејќи позиции за совладување на конкуренцијата, а во исто време и личен напредок, корпорациите успеале да исцртаат персонализирани обележја што ги прават да бидат посеби и лесно препознатливи. Корпоративната организациона структура врзува еден посебен систем на достапни, видливи и разбирливи информации за актуелните состојби на друштвото.

Законски утврдената позиција на акционерите да не бидат лично одговорни за обврските на корпорацијата го изложува менаџерскиот тим на една истурена позиција која треба да одговори на сите засегнати стејкхолдери во деловното опкружување. Во исто време ја управува и организациона архитектура на друштвото, каде што спаѓаат формалната организациона структура, контролните системи и бонуси, организационата култура, процесите и луѓето. На тој начин се практикува корпоративното управување, како еден од елементите на корпоративното право.

Корпоративното управување претставува сложен систем кој се однесува на односи на различните центри на моќ во рамките на една корпорација. Корпоративните финансии пак ги уредуваат правилата за тоа како се користи капиталот од трговското друштво.

Форма и континуитет во обелоденувањето на податоците

Факт е дека корпорациите може да имаат бесконечен живот,

⁸ Чарлс В.Л. Хил, ``Меѓународен бизнис: Натпреварување на глобалниот пазар``, Скопје, Магор, 2010.-772 стр.; илустр.; 28 см, стр. 441.

⁹ [https://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume2/issue2/MertensSchanze2J.Comp.Corp.L.&Sec.Reg.75\(1979\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume2/issue2/MertensSchanze2J.Comp.Corp.L.&Sec.Reg.75(1979).pdf)

независен од менаџерскиот тим и животот на неговите сопственици. За континуитетот на постоењето на друштвото, законодавецот предвидел минимализирање на субјективниот фактор. Во низата на позитивните прописи ја канализирал и транспарентната објава на сите релевантни информации за друштвото во интерес на акционерите, институциите на системот, засегнатите коминтенти и широката јавност.

Објавувањето на информациите има пропишна форма и континуитет.

Формата не е фиксна. Постојано се унапредува согласно потребите на новите трендови во деловното поведење. Битно е да ја опфаќа во целост суштината и прецизноста на податоците кои се објавуваат. Вклучувајќи го и континуитетот како втора константа, со транспарентното објавување на информации се испишува историјата за тековното работење на друштвото. Достапноста на податоците дозволува да се прават вкрстени анализи за личните потреби на надворешните засегнати ентитети. На тој начин се зголемува можноста за злоупотреба на објавените податоци и нанесување реални штети во работењето на друштвото.

Финасиските импликации може да бидат и од поголем обем и директно да се влијае врз репутацијата на компанијата. Штетите со ваков карактер се непосакувани и затоа во бизнис светот се почитува фер третман, особено кај големите корпорации кој постепено се пресликува и кај малите и средни компании.

Пазарот ги поставил правилата на добро деловно поведење и се очекува секој новорегистриран субјект да се придржува до истите за да не дојде до директно или индиректно намалување на профитите поради тргување со јавно објавените податоци и сите дополнителни кои може да се видат од финасиските и нефинасиските извештаи.

Придобивки и последици од обелоденувањето на податоците

Изложеноста на Берза на корпорациите им нуди голем број на придобиви, но во исто време и делумен притисок од будното око на пошироката јавност. Не само стручните и повикани експерти, мислење на онова на берзанските податоци креира секој потенцијален или активен трговец на акции. Ако може да се измери позитивната и негативната импликација, со сигурност е потврдено дека безброј пати е поголем индексот на придобивките за компаните кои котираат на Берзите ширум светот.¹⁰

Предности и карактеристики на јавна понуда на хартии од вредност

¹⁰ ЈАВНА понуда на хартии од вредност: водич. Скопје : Македонска берза, 2013. - 34 стр. : илустр. ; 21 см, ISBN 978-608-65501-2-7, стр. Бр.10.

и котација на берза:

- Алтернативни извори на прибирање на капитал
- Пазарно вреднување на компанијата и ликвидност
- Зголемување на конкурентноста на компанијата
- Престиж
- Можност за раст на компанијата преку преземање на други

компаниии

- Зголемена можност за зголемување на капитал
- Полесен пристап до нов капитал
- Привлекување и здружување на клучниот капитал
- Оддржување на постојата стапка на пораст на компанијата
- Објавување на информации

Во нашата држава Законот за хартии од вредност претставува основен правен акт со кој се регулира работењето со хартии од вредност. Со овој закон се уредуваат: Начинот и условите на издавање и тргување со хартии од вредност, начинот и условите за регистрирање на хартиите од вредност, утврдување и промовирање на трговските трансакции и нетрговските преноси со хартии од вредност, како и ограничувањата на правата од сопственост на хартиите од вредност, начинот и условите за функционирање на пазарот на хартии од вредност и овластените учесници на пазарот, обврските за обелоденување на информации од страна на акционерските друштва со посебни обврски за известување, членство на органите на управување, директорите и одделни акционери, забранети дејствија во врска со работењето со хартиите од вредност, начинот и условите за работењето на овластените учесници на пазарот при стечај и ликвидација, како и други прашања што се од значење на хартиите од вредност.

Законот за хартии од вредност ја воспоставува основната правна рамка во која делува Македонска берза, како од аспект на условите за основање, така и од аспект на статусот и работењето на Берзата. Комисијата за хартии од вредност е надлежна за спроведување на Законот за хартии од вредност.

Финансиските извештаи се од особено значење бидејќи опфаќаат информации за финансиската кондиција на корпорацијата. Преку нив лесно се следи состојбата на средствата и изворите на свеж капитал со кој располага истата. Заинтересираните страни многу лесно може да ги проверат остварените финансиски резултати за определен временски период преку следење на билансите на успех, каде се искажуваат вкупно остварените приходи и расходи од работењето. Транспарентно и во законски утврден рок се објавуваат и промените на капиталот,

готовинските текови и ревизорските извештаи. Не помалку важност имаат и нефинансиските извештаи кои исто така обелоденуваат голем број информации за членовите на органите на управување, податоци за акционерите, трансакции со поврзани лица, факторите на ризик како и податоци за структурата и политиката на корпоративното управување.

¹¹ “Финансиски извештај” е извештајот кој во себе ги вклучува билансот на состојба, билансот на успех, извештајот за промени на главнината и извештајот за паричните текови.

Овие четирите извештаи во целост ја отсликуваат финансиската состојба на компанијата. Во принцип ги опфаќаат сите показатели согласно меѓународно прифатените стандарди и многу лесно се читливи. Приходната и расходната страна на друштвото за тековната година ја сублимира финансиската добивка или направената загуба.

Друштвата кои котираат на Берите, објавените финансиски резултати немаат право да се изземаат од сублиматите кои се изготвуваат од релевантните институции, медиумите и за потребите на научно истражувачката дејност по видови на индустриски гранки или по други основи. Будното око на јавноста ги коментираат објавените финансиски извештаи за големите корпорации со поголема или помала објективност. Генерално во светот на бројките степенот за отстапка е незначителен кога се опишува наративно. Финансиските извештаи се многу важни и за институциите на системот кои ги подготвуваат анализите за генералниот тек на економијата во државата и изготвуваат предвидувања за економски раст и наплата на даноци.

Во текот на секоја фискална година корпорациите имаат одврска да објавуваат квартални, полугодишни и годишни извештаи.

Кварталните и полугодишните извештаи имаат помал обем на податоците кои ги опфаќаат со подетално образложение за работењето на друштвото со кое се ажурираат податоците објавени во претходниот годишен извештај и неревидирани финансиски извештаи, подготвени во согласност со меѓународните стандарди за финансиско известување. Во нив се презентираат консолидирани нумерички податоци во табеларна форма за вкупниот приход и остварената добивка или загуба пред и после оданочувањето за соодветниот период и подетално образложение за работењето на акционерското друштво и остварената добивката или загубата. Некои компании се одлучуваат во извештаите да дадат процена за идното работење на друштво и неговите поврзани лица најмалку за

¹¹ Закон за Хартии од вредност, “Службен весник на РМ “ бр.95/2005, 25/2007, 7/2008, 57/2010, 135/2011, 13/2013, 188/2013, 43/2014, 15/2015, 154/2015, 192/2015, 23/2016, 83/2018, член.2, став 2.

периодот до крајот на календарската година, вклучувајќи ги и значајните непредвидливи околности и ризици кои можат да влијаат на тековното работење.

Кварталните, полугодишните и годишните извештаи го одржуваат континуитетот во доставувањето информации за компаниите и тоа со законски предвидени обрзложенија и анализи.

Од сите извештаи, Годишни извештаи имаат најголем обемна информации за работењето на компанијата во изминатата календарска година, вклучувајќи и детална анализа со образложение на деловните резултати и програма за развој кои се очекуваат да бидат реализирани на краток и среден рок. Во рамката на годишните извештаи се опфатени финансиски извештаи што се изготвуваат во согласност со меѓународните стандарди за финансиско известување, заедно со мислењето на овластен ревизор подготвено во согласност со меѓународните ревизорски стандарди. Исто така задолжително се издвоени податоци за процентуално учество во основната главнина на секој од членовите на највисоките тела на управување на компанијата, како и податоци за сите договори за награди кои ги поделиле меѓу себе. Преку овии достапни информации акционерите имаат увид за реалната цената на чинење на менаџментот кој го изгласале да ја води компанијата.

Во Годишните извештаи се презентира политиката на распределба на дивиденда, податоци за трансакциите со поврзаните лица и податоци за сите физички и правни лица кои поседуваат повеќе од 5% од акциите со право на глас и податоци за стекнување на сопствени акции од страна на компанијата.

Транспарентноста и обелоденувањето на податоци со ваков карактер отвора дополнителни прашања за унапредување на законската рамка и пошироко прифатената пракса која ја негуваат високо развиените економии за тоа дали истата прави реална штета на сите засегнати и поединечно посочени лица во Годишните извештаи на корпорациите.

За високиот степен на транспарентност во бизнис делувањето потврдуваат и законските обрски што ги имаат компаниите да достават извештаи подготвени од страна на топ менаџментот доколку друштво има загуба поголема од 30% од активата на друштвото, во случај на намлување на основната главнина под големината утврдена во статутот на друштвото или ако стекне или отуѓи значаен дел од средствата.

Релевантните институции мора да бидат известени дури и во случај на промена на овластен ревизор и доколку дојде до поднесување на оставка и разрешување на членовите од органите на управување.

Корпорациите транспарентно го објавуваат секој настан кој може

да предизвика ненавремено или предвременно плаќање на финансиските обврски или друга крајност ако дојде до отворање на стечај или ликвидација.

Одговорност за точноста на податоцитево извештаите, законодавецот ја препишал како бврска за известување на членовите на органитена управување и директорите.

Заклучок

Од сите сите погоре изнесени факти може да се констатира дека во светот на бизнис елитата која стои на чело на корпорациите се негува највисок степен на транспарентност и обелоденување на информации како за правните лица, така и за одговорните лица во правното лице.

За транспарентноста со право може да се каже дека е составен дел во тековното работење на корпорациите. Унапредувањето во овој сегмент резултира со големи придобивки за сите чинители на реалниот економски сектор.

Во исто време бенефит од транспарентноста и обелоденувањето на информациите за деловното поведење на корпорациите имаат и органите на државната управа и регулаторните тела. Достапноста на податоците дава можност проактивно да се делуваат во рамките на својот делокруг на работа и притоа да бидат превземени превентивни мерки во злоупотребата на законските и подзаконските акти.

Рамената на информации не смее да се поистовети со транспарентноста и обелоденувањето на податоците во светот на корпоративното делување. Размената на информации е инструмент кој е во функција на транспарентноста и обелоденувањето на податоците.

Нефинансиските извештаи опфаќаат податоци кои директно влијаат врз нарушување на приватноста на одредени физички лица. Во таа насока, час поскоро треба да се пристапи кон усогласување на одредбите од прописите и да се овозможи максимална заштита на приватноста на сите граѓани подеднакво.

Jasmina Cvetkovska, LLM
PhD Candidate Faculty of Law Iustinianus Primus
University Ss. Cyril and Methodius

Benefits and Consequences of Transparency and Disclosure of Corporate Business Conduct Information

Abstract: *Corporations are the dominant driving force of the real economic sector. Their size and power allow them to be the bearers of new trade ties in the open market. The global business elite as part of the big picture of globalization imposes the need to expand corporate reporting standards and transparency for their current operations.*

For the corporation as a legal entity, almost the same norms apply in all legal orders of states around the world. The publication of financial and non-financial reports is covered in national legislation, European directives and Corporate Governance Codes and represents transparency in the operations of corporations.

From the moment of registration for the name of the corporation, a large number of rights and obligations are bound. Unlike other forms of doing business, corporations have the greatest obligations in transparency and delivery of information on business to government institutions and the general public. In order to increase the value and consolidate market positions, corporations, depending on the category to which they belong, publish financial and non-financial statements.

The financial statements are of particular importance as they include information on the financial fitness of the corporation. They are easily monitored by the state of assets and sources of fresh capital that it owns. The interested parties can very easily check the realized financial results for a certain period of time by monitoring the profit and loss accounts, where the total realized revenues and operating expenses are presented. Changes in equity, cash flows and audit reports are published transparently and within a legally prescribed deadline. Not less important are the non-financial reports that also reveal a great deal of information about the members of the management bodies, shareholder data, related party transactions, risk factors, as well as data on the corporate governance structure and policy.

The benefits and consequences of disclosure of information on the operation of corporations and their procedures in business conduct will be in-depth analysis that will demonstrate the importance of providing the field for fair

and equal treatment in front of the institutions of the system while at the same time indirectly assisting to investors in the provision of timely and accurate information, which are relevant in the realization of big business deals.

Key words: *corporations, financial statements, non-financial statements, balance sheet, income statement, equity, shareholders, income, expenses ...*

ИЗМЕНИ И ДОПОЛНУВАЊА НА ЗАКОНОТ ЗА НОТАРИЈАТОТ: ПОСТИГНАТИ РЕЗУЛТАТИ

UDC: 347.961:340.13(497.7)

Review Paper

***Абстракт:** Последните обемни изменувања и дополнувања на Законот за нотаријатот од 2016, се случиле на 18 декември 2018 година, кога долгоочекуваниот и припреманиот предлог Закон за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот се донесе од страна на Собранието на Република Македонија. Овој закон е објавен во Службен весник на РМ бр. 233 од 20 декември 2018 година, и започна со примена од 28 декември 2018 година.*

Законот содржи 54 членови, односно изменување и дополнување на скоро 1/3 на одредбите од основниот Закон за нотаријатот, од кои најголем дел се однесуваат на статусни измени, номотехничко усогласување, прецизирање и дополнување на одредби кои создаваа дилема во нивната, само, двегодишна примена. Иако иницијативата за донесување на овој Закон беше остварување на зацртаните активности во Стратегијата за реформи во правосудниот сектор за периодот 2017-2022 година, каде во делот на нотаријатот, како стратешка активност јасно стои враќање на нотарскиот акт согласно принципите на латинскиот нотаријат, сепак измена во овој дел не се случи. Односно одредбите кои се однесуваат на составување на нотарски акт во насока на почитување на слободната волја на учесниците за изборот на формата на правната работа што ја преземаат пред нотар, како и ангажирањето на адвокат по слободен избор на учесниците, иако беа зацртани како главни цели за измените на Законот за нотаријатот, и токму во таа насока произлегоа и предлогот од Министерството за правда, сепак во последен момент измените на овие одредби изостанаа од непознати причини.

Па оттука се поставува и прашањето, дали последните изменувања и

* Нотар во Куманово, notarmarjan@yahoo.co.uk

дополнувања на Законот за нотаријатот, се измените кои сакаа да се постигнат и се стратешки цели на нашата држава? Иако во меѓувреме беше најавена втора фаза на измени и дополнувања на овој закон, со кои ќе бидат опфатени токму овие суштински прашања не само за нотаријатот како јавна служба туку и за граѓаните во Република Македонија, останува да се чека на погодно време за конечна реализација на оваа фаза.

Клучни зборови: *нотар, слободна волја, Стратегија за реформи во правосудниот сектор, нотарски акт, задолжително учество на адвокат.*

1. Вовед

Третиот по ред Закон за нотаријатот кој го уредува делокругот на нотарската служба е донесен во месец април 2016 година, а започна со примена од 1 јануари 2017 година. Со овој закон се воведоа новини, кои претставуваат суштинска промена на претходниот концепт на функционирање и работа на нотаријатот во Република Македонија, кој по својата суштина е латински тип на нотаријат¹. Со овој закон се променија најголемиот дел од законските одредби, односно номотехнички и содржински се преуреди структурата на претходниот закон, кој што беше во примена 10 години (од 2006 до 2016 година).

За релативно краток период од примената на овој закон, кој предизвика многу контраверзии и полемики, на иницијатива на Нотарската комора, бизнис заедницата и други субјекти кои ги почувствуваа проблемите во пракса од одредени законски решенија, во месец август

¹ Во Европската унија застапен е системот на т.н. латински нотаријат, којшто е прифатен и во Македонија. Тој се одликува со делумно отстапување на суверенитетот на државата. Тоа е првиот услов за да се увери јавноста во правната важност на правните работи и доказните средства. Нотарот е носител на јавна служба којшто е именуван од страна на државата. Нотарот го гарантира чувањето на исправите составени од него во својата архива, веродостојноста, извршноста, точноста на датумот и податоците итн.

Латинскиот нотаријат во повеќето случаи е слободна и независна дејност што ги опфаќа сите приватни правни работи, со исклучок на правните спорови. Дејноста на нотарот особено се состои во советување и поддршка на странки во правни работи. Државата го пренесува составувањето на приватни исправи за одредени правни работи на нотарите. Оваа исклучива надлежност за составување исправи за одредени правни работи ја одделува нотарската служба од другите правнички советодавни професии.

За ова повеќе кај проф. д-р Енес Биќиќ, Универзитет во Зеница, Правен Факултет – Нотариус бр. 27, 2015 година, стр. 91.

2017 година на предлог на Министерството за правда започнаа првите подготовки за започнување со постапка за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот. По тој повод, беше формирана Работна група од чие работење во месец февруари 2018 година произлезе предлог Закон за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот. Овој закон беше предмет на јавна расправа на Владата на РМ и на единствениот национален електронски регистар на РМ, за да во месец септември 2018 година Министерството за правда како предлагач конечно го достави во собраниска процедура, но содржински различен од предлог текстот кој го утврди и предложи Работната група.

Конечно, долгоприпреманиот Закон за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот е донесен од Собранието на 18 декември 2018 година и влезе во сила и примена од 28 декември. Иако, овој закон се припремаше повеќе од 1 година и се очекуваше дека со него ќе се надминат сите нерационални решенија, сепак тоа не се случи, бидејќи со него не беа опфатени сите претходно утврдени предлози, а кои се најсуштински и заради кои започна процесот на негово изменување и дополнување.

Во натамошниот текст на овој труд, предмет ќе бидат новините воведени со Законот за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот од 2018 година (во понатамошниот текст ЗИДЗН), со претходен краток осврт на Законот за нотаријатот од 2016 година и на спроведената постапка за негово изменување и дополнување.

2. Закон за нотаријатот од 2016 година

Со овој закон се воведоа доста новини, од кои дел значеа чекор напред во нотарското работење и приближување кон современите нотаријати, но одреден дел од нив предвидоа дискутабилни решенија кои ги доведоа во нерамноправна положба учесниците во правниот промет и делуваа ограничувачки во поглед на остварување на уставно загарантираните права на граѓаните.

Најзначајни новини кои се воведоа со Законот за нотаријатот² (во понатамошниот текст како ЗН) од 2016 година се:

² Законот за нотаријатот е објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 72 од 12.4.2016 година. Овој закон влезе во сила осмиот ден од денот на објавувањето во „Службен весник на Република Македонија“, а требаше да започне да се применува по четири месеци од денот на неговото влегување во сила. На крајот на месец јули 2016 година, донесен е Закон за изменување на Законот за нотаријатот објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 142 од 1.8.2016 година, со кој примената на Законот за нотаријатот се одложи од 1 јануари 2017 година.

-Нови услови и постапка за именување нотар, а тоа се: кандидатот да има положено правосуден испит, да има положено квалификационен нотарски испит и испит за рангирање за нотар за конкретниот конкурс, психолошки тест и тест на интегритет; да има работен стаж на правни работи од најмалку две години по положен правосуден испит и да поседува меѓународно признат сертификат за познавање на најмалку еден од трите најчесто користени јазици на Европската унија (англиски, француски, германски) издаден од официјален европски тестатор. Се измени и составот на Комисијата за спроведување на конкурс за именување на нотари, како орган на Нотарската комора која е надлежна да го спроведува конкурсот и да дава мислење за кандидатите кои поднеле пријави за именување на нотар, па според овој закон наместо од 7 члена сите од редот на нотарите, составена е од пет члена од кои два члена од Комората, еден член по предлог од Судскиот совет на Република Македонија, еден член по предлог од Академијата за судии и јавни обвинители и еден универзитетски професор од правните факултети акредитирани во Република Македонија.

-За првпат севоведоановиникоисеоднесуваат на дигитализација (електронизација) на нотарската исправа, односно **составување на нотарска исправа во електронски облик**. Во членовите 45-49 од законот, се предвиде воведување на нотарска исправа составена во електронски облик, електронски извод, електронски заверен преписи архивирање во електронска форма.

-За разлика од Законот за нотаријатот од 2006 година, според кој нотарскиот акт беше задолжителен во пет случаи³, според член 52 став (1) од ЗН од 2016 година, кој носи наслов – **“Правни работи за кои нотарскиот акт е задолжителен”**, се уреди единствен случај кога е задолжителен нотарски акт, а се однесува за сите правни работи кои лично ги преземаат глуви лица кои не знаат да читаат или неми лица кои не знаат да пишуваат, освен во случаи предвидени со овој или друг закон.

-Во делот на потврдувањето (солемноизација) на приватна исправа, за разлика од од Законот за нотаријатот од 2006 година, со член 55 став (5)

³ Според член 42 став (1) од Законот за нотаријатот (Службен весник на Република Македонија бр. 55/07, 86/08; 139/09 и 135/11), нотарски акт е задолжителен за: а) договори за уредување на имотните односи меѓу брачните другари и меѓу лицата кои живеат во вонбрачна заедница; б) договори за подарок без предавање на предметот во владеење на даропримачот; в) секој акт за основање, организирање, престанок, статусни и промени на правни лица кои вршат стопанска дејност, институции, фондации и други органи, освен трговските друштва; г) сите правни работи кои лично ги преземаат глуви лица кои не знаат да читаат или неми лица кои не знаат да пишуваат и д) договори за располагање со имот на малолетни лица и лица на кои им е одземена или ограничена деловната способност).

од ЗН од 2016 година за прв пат во македонското законодавство и правен систем се воведезадолжително составување на приватни исправи од страна на адвокат за правните дела врз основа на кои се стекнува, престанува, пренесува или ограничува право на сопственост или друго право на недвижност, или права за кои се водат јавни книги со вредност над 10.000 евра, со исклучок на Република Македонија. Доколку се потврдува приватна исправа чија вредност е под 10.000 евра, каде една од странките е банка, штедилница, финансиско друштво, давател на финансиски лизинг или осигурително друштво, приватната исправа не мора да биде составена од адвокат и да содржи адвокатски печат и потпис, а доколку вредноста на правната работа е над 10.000 евра, едната страна е должна да обезбеди адвокатски печат и потпис. Во оваа насока е и одредбата од член 56 став (3) со која се воведезадолжително составување на договор за продажба и преддоговор за продажба со вредност на предметот на продажба со вредност над 10.000 евра од страна на адвокат.

-Се воведоа значајни новини во поглед на извршноста на нотарската исправа, уредена со член 53 од ЗН од 2016 година, а посебно можноста нотарот да ја укине потврдата на извршност на нотарска исправа, само во два случаи и тоа: врз основа на правосилна судска одлука или врз основа на писмена изјава од доверител заверена на нотар.

-Се воведезадолжително платен налог како нов институт во македонското право, и подетално се пропиша постапката која ја спроведува нотарот за издавање на решение за нотарски платен налог врз основа на веродостојна исправа, како и правата на странките во постапката пред нотарот. Всушност, станува збор за постапка која ја замени претходната постапка за донесување на решение за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа, која нотарот ја спроведуваше според одредбите на претходниот Закон за извршување. Но, и во оваа постапка не се изоставија и со член 68 став (2) се предвиде Предлозитеза донесување на решение за нотарски платен налог како и редовните правни лекови, задолжително да ги составува адвокат и да содржат адвокатски печат и потпис, со исклучок на случаите предвидени со ставовите (3) и (4) од истиот член.

Други значајни новини во оваа постапка се тоа што нотарот нема надлежност да одлучува по приговор во оваа постапка, туку во рок од три дена од денот на поднесениот приговор, целиот предмет го доставува до надлежниот основен суд на чие подрачје е седиштето на нотарот кој постапувал по предлогот; се измени формата и содржината

на Решението за нотарски платен налог (во форма на штембил⁴); за прв пат се уреди укинувањето на потврда на правосилност и извршност на решението за нотарски платен налог и се воведоа сосема нов и поинаков начин на достава на нотарски писмена⁵.

-Се воведоа **електронски нотарски деловни книги**⁶ (член 111 став (4)) како задолжителна форма за водење на нотарските уписници, со исклучок на Книгата за потписи која ќе се води исклучиво во писмена форма и во која ќе се потпишуваат учесниците во постапката пред нотар.

-Се воспостави **Централна електронска нотарска архива**, која ги опфаќа сите нотарски деловни книги кои се водат во електронска форма како и нотарските исправи составени од нотарите во електронска форма и кои нотарите ги чуваат во електронска архива⁷.

-Се воведоа **Регистар на полномошна и Регистар на тестаменти**⁸, кои ќе ги води Нотарската комора.

-Во делот на организационата поставеност на нотаријатот во Република Македонија, посебна придобивка е пропишувањето на законската можност во рамките на Нотарската комора да може да се основа **Нотарска академија**⁹, која би била одлична подлога и основа за иден избор на подобро и поквалитетно обучени нотари и обука на правници во делот на нотарската дејност.

-Во поглед на оставинските постапки, се воведоа **задолжително присуство на адвокат во својство на полномошник за секој од**

⁴ Штембилот за издавање на нотарски платен налог (Образец бр. 20) е уреден со Правилникот за формата и содржината на службениот печат, сувиот жиг, жигот за восок и штембилите на нотарот, како и начинот на нивното издавање, замена, одземање и поништување (Сл. весник на РМ бр. 226/16).

⁵ Начинот на достава на нотарски писмена е уреден со членовите 79 и 80 од Законот за нотаријатот од 2016 година.

⁶ Електронските нотарски деловни книги започнаа да се користат од 1.7.2019 година, а начинот на нивното водење е уреден со Правилникот за видот, содржината, формата, начинот на водењето на актите, уписниците, книгите и имениците на нотарот, помошните книги, начинот на примање и чување на нотарските исправи и предметите од вредност и нивното издавање и преземање, начинот на чување и обнова на нотарските списи и исправи, начинот на архивирање и организирањето на архивирањето, како и преземање на други формални дејствија (Сл. весник на РМ бр. 226/16, 80/17 и 110/18).

⁷ Оваа новина е предвидена со член 117 став (5) од Законот за нотаријатот од 2016 година. Централната електронска нотарска архива ја води Нотарската комора.

⁸ Начинот на водење на двата регистри е детално уреден со Правилникот за видот, содржината, формата, начинот на водењето на актите, уписниците, книгите и имениците на нотарот, помошните книги, начинот на примање и чување на нотарските исправи и предметите од вредност и нивното издавање и преземање, начинот на чување и обнова на нотарските списи и исправи, начинот на архивирање и организирањето на архивирањето, како и преземање на други формални дејствија (членовите 27-38).

⁹ Оваа новина е предвидена со член 117 став (3) од Законот за нотаријатот.

учесниците¹⁰. За учеството на адвокатите во оваа постапка, како полномошници на наследниците, со членот 156 став (б) се пропиша и наградата на адвокатот во износ од 50% од наградата и трошоците на нотарот.

-Се променисоставот на Дисциплинскиот совет при Нотарската комора, составен оддвачлена и нивнизаменициодредот на судиитепопредлог на Судскиотсовет, еденчлен и негов заменик одредот на јавните обвинители по предлог на Советот на јавни обвинители и двачлена и нивни за меници одредот на нотарите ги избира Собранието на Комората. Се зголеми бројот на дисциплински повреди, износот на висината на дисциплинските казни и на рокот за застареност на дисциплинската постапка. Се укина надлежноста на Управниот одбор на Комората како второстепен орган да одлучува по жалбите против одлуките на Дисциплинскиот совет и како ново решение се предвиде поведувањето на управен спор пред надлежен суд.

-Се вовеле нов електронски концепт за полагање на нотарскиот испит кој се состои од квалификационен нотарски испит и испит за рангирање за нотар и воведување на испитзазаменик-нотар, помошник-нотар, нотарски стручен соработници испитот за проверка на знаењето на веќе именуваните нотари на секои 7 години¹¹. Исто така, се предвиде дека доколку нотарот него положи стручниот испит за проверка на знаењето во предвидените рокови, должен е најдоцна во рок од 30 дена од одржувањето на стручен испит за проверка на знаењето да плати казна од 3000 евра во денарска противвредност на наменската сметка на Нотарската академија при Комората кои ќе се користат само за стручно оспособување на нотарите во рамките на Комората¹².

3. Постапка за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот од 2016 година

Како што е споменато погоре, ЗН од 2016 година со одредени негови

¹⁰ Оваановинаепредвиденасочлен 147 став (2) одЗаконотзанотаријатот.

¹¹ Овие испити, програмата и начинот на полагање се уредени со членовите 161-167 од новиот Закон за нотаријатот од 2016 година и Правилникот за начинот на полагање на квалификациониот нотарски испит, испитот за рангирање за нотар, испитот за заменик – нотар, испитот за помошник – нотар, испитот за нотарски стручен соработник и стручниот испит за проверка на знаењата на нотарите и за формата и содржината на уверението за положени испит објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 28 од 7.3.2017 година

¹² Со Одлука на Уставниот суд на РМ У. бр. 129/2016 објавена во Службен весник на РМ бр. 25 од 7.2.2018 година, се укинуваат член 12 став (13) и член 20 став (1) точка г) во делот „ и 13” од Законот за нотаријатот.

решенија за релативно краток временски период на негова примена го наруши целокупното функционирање на македонскиот нотаријатот и предизвика бројни проблеми и дилеми кои се одразија на целокупниот правен промет во државата, односно дојде до значително отежнување во работењето на нотарите, зголемување на трошоците на граѓаните и правните субјекти и значително одолговлекување на постапките. Токму овие причини беа поводот за започнување на постапка за негово изменување на предлог на Министерството за правда како предлагач за донесување на овој закон, а овој чекор го поддржа и Владата на РМ која донесе заклучок за започнување со процесот на негово изменување и дополнување. По тој повод во месец август 2017 година од министерот за правда беше формирана Работна група за изготвување на предлог текст на законот, составена од 16 членови во состав од еден судија, четворица универзитетски професори, двајца претставници на Стопанската комора, двајца претставници на Министерството за правда, четири нотари, двајца адвокати и еден извршител.

Почнувајќи од месец октомври 2017 година до месец февруари 2018 година ова Работна група одржа неколку состаноци, чиј производ беше предлог Законот за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот објавен на веб страната на ЕНЕР заради запознавање на пошироката јавност и можност за јавна расправа преку давање на коментари. Но, иако предлог текстот на законот, од страна на Работната група беше утврден скоро па едногласно, со исклучок на претставник на Адвокатската комора, за прв пат во досегашното постапување, на ЕНЕР покрај официјалниот предлог изготвен од Работната група при Министерството за правда, беа објавени и алтернативни решенија предложени од Адвокатска комора. По истекот на рокот за јавна расправа, на која најголем дел од коментарите на граѓаните беа со позитивен став за официјалниот предлог а против алтернативни решенија, предлог законот повторно беше разгледан од Работната група која со мнозинство гласови заклучи и предложи предлог текст на законот без понудените алтернативни решенија.

Кон крајот на месец септември 2018 година, конечно до Собранието е доставен предлог законот од Министерство за правда како предлагач, но со текст кој во одредени одредби значително се разликува од текстот што го утврди и предложи Работната група, а пред се, сеоднесуваат на задолжителното учество на адвокатите во постапките пред нотар. Поточно во предложениот предлог на Министерството за правда, не беа опфатени измените на суштинските одредби кои беа и иницијатива за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот и истата е утврдена како стратешка цел во Стратегијата за реформи на правосудниот сектор

за периодот 2017-2022 година, а тоа е враќање на нотарскиот акт според принципите на латинскиот нотаријат.

Во самиот предлог на закон, предлагачот има наведено дека причините за донесувањето на Предлог - законот за изменување и дополнување на нотаријатот произлегуваат од неговата практична примена и дека со измените и дополнувањата на Законот за нотаријатот ќе се надминат констатираните слабости на постојниот закон, содржински ќе се преуредат и допрецизираат законските одредби кои поради нивната недореченост во праксата оставаа простор за различно толкување. Со донесувањето на измените и дополнувањата на Законот за нотаријатот ќе се уредат прашањата кои создаваа проблеми во примената на законот и ќе се влијае на унапредување на нотаријатот како ефикасен и функционален систем во остварувањето на правата и интересите на сите учесници во правниот промет и дека со измената на членот 52 став (1) практично се враќа составувањето на нотарскиот акт од страна на нотарите во вршењето на нотарската служба и на овој начин се влијае на ефикасноста, економичноста и правната сигурност во постапката пред нотар.

По одржаната јавна расправа по предлог законот, на 7 ноември 2018 година во Собранието, на која од страна на министерот за правда беше најавено дека станува збор за прва фаза на изменување и дека за кратко време ќе следи втора фаза во која ќе се расправа за клучните прашања, ЗИДЗН е донесен од Собранието со мнозинство гласови на седницата одржана на 18 декември 2018 година, а до денес се уште не е иницирана никаква дополнителна постапка за усогласување на спорните одредби кои останаа во Законот за нотаријат.

4. Позначајни новини предвидени со Законот за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот од декември 2018 година

ЗИДЗН е донесен од Собранието на Република Македонија, на седницата одржана на 18 декември 2018 година. Понеговото прогласување, истиот е објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 233 од 20 декември 2018 година и влезува сила осмиот ден од денот на објавувањето во Службен весник (28 декември 2018 година).

Овој Закон е систематизиран во 55 законски членови, а како позначајни новини ќе ги издвоиме следните:

-Со членот 1 од законот во член 3 став (4), со кој се уредуваат начелата во вршење на нотарската служба се воведува и **начелото на диспозиција на странките.**

-Со членовите 2, 3 и 4 од законот, се пропишуваат условите и

постапката за именување на нотарите и речиси во целост се враќаат поранешните законски решенија. Како новина во условите за именување на нотар се предвидува кандидатот да има најмалку **3 години работен стаж на правни работи по положен правосуден испит или 2 години работен стаж во нотарска канцеларија по положен правосуден испит**. Се укинуваат одредбите за познавање на најмалку еден од трите најчесто користени јазици на Европската унија, психолошкиот тест и тест на интегритет, постапката за рангирање на кандидатите за нотари и полагањето на стручен испит за проверка на знаењата на секои 7 години.

-Со членот 5 од законот, се додава **нов основ за разрешување на нотар со кој се пропишува дека нотарот ќе биде разрешен доколку е член на органи на политичка партија, финансира партија, партиска коалиција или кандидати на изборите**.

-Со членот 7 од законот, се додава **нов член 26-а со кој се пропишува дека во договорите за пренос на ствари или права, за залог или хипотека договорните страни имаат право на слободен избор на нотар и дека правото на слободен избор на нотар му припаѓа на учесникот кој е обврзан да ја плати нотарската награда и трошоци за соодветната правна работа**.

-Со членот 11 од законот, се воведува **нов член 35-а со наслов „Забрана на нелојална конкуренција“, со кој се предвидува дека е забрането нотарот со странка да договара и наплати награда спротивно на Нотарската тарифа, а секој граѓанин и нотар кој има такви сознанија за друг нотар се должни случајот да го пријават во Нотарската комора на РМ**.

-Со членот 15 од законот, се менува членот 52 став (1) од постоечкиот закон на начин што се пропишуваат правните работи за кои е задолжителен нотарскиот акт, **и се воведуваат две нови точки кои се однесуваат на договори за располагање со имот на малолетни лица и лица на кои им е одземена или ограничена деловната способност и други правни работи и изјави за кои со закон е предвидено дека мора да бидат составени во форма на нотарски акт**.

-Со членот 16 од законот, се додава нов став (4) во членот 57 со кој се предвидува дека **кога во правната работа како учесник се јавува банка, осигурително друштво или странско правно лице, неговиот субјективитет нотарот го утврдува со извод (тековна состојба) издаден од надлежен регистар, кој не треба да биде постар од 30 дена од денот на составувањето на нотарската исправа**.

-Со член 17 од законот, се врши измена и дополнување на член 59 став (1) со кој се уредуваат и прецизираат случаите на потребно присуство

на двајца сведови при составување на нотарски акт.

-Со член 18 од законот, кој се однесува на член 68 став (3) од постоечкиот закон се врши измена и се зголемува износот на веродостојните исправи за побарувања од комунални услуги (за вода, смет и одржување на заеднички простории за парично побарување од **веродостојни исправи во вкупен износ до 6.000,00 ден.**; за електрична или топлинска енергија за парично побарување од **веродостојни исправи во вкупен износ до 15.000,00 ден.** и за телефонија, мобилни оператори или кабелски оператори за парично побарување од **веродостојни исправи во вкупен износ до 6.000,00 ден.**), за кои предлозите за издавање на нотарски платен налог се поднесуваат непосредно пред нотар и за кои не важи правилото од член 68 став (2) задолжително да бидат составени од адвокат и да содржат адвокатски потпис и печат. Исто така, се воведува новина за овие предлози за издавање на нотарски платен налог да не се плаќа судска такса.

-Со членот 19 од законот, се додава дека Предлогот за издавање на решение за нотарски платен налог, покрај пропишаните елементи во постоечкиот закон **треба да содржи и попис на трошоци кои доверителот бара да му бидат надоместени од должникот.**

-Со членот 20 од законот, се воведува новина дека веродостојната исправа се доставува кон предлогот во оригинал или заверен препис кај нотар **само за примерокот на нотарот** и се враќаат скоро сите веродостојни исправи кои се прифаќаа и порано според Законот за извршување. Според оваа измена **како веродостојни исправи се сметаат: фактура, меница и чек со протест и со повратна сметка кога тоа е потребно за засновање на побарување, јавна исправа, извод од заверена деловна книга, приватна исправа на која потписот од должникот го заверил нотар, исправа која според посебни прописи има значење на јавна исправа, градежна ситуација и пресметка на камата.**

-Со членот 21 од законот, се врши измена на член 71 и систематски се пропишува постапката за донесување на нотарски платен налог. Во овој дел позначајни новини се тоа што за прв пат се нормира постапувањето на нотарот кога ќе оцени дека не е месно надлежен за постапување и новина според која ако предлогот за издавање на нотарски платен налог е уреден нотарот е **должен веднаш а најдоцна во рок од 3 дена од приемот на предлогот да донесе Решение за издавање на нотарски платен налог, кое веднаш се доставува до должникот и доверителот.**

-Со членот 22 од законот, се врши измена според која покрај должникот, право на приговор против решението за издавање на нотарски

платен налог и одлуката за трошоци **има и доверителот.**

-Со членовите 23 и 24 од законот, се врши допрецизирање и доуредување на одредбите кои се однесуваат на ставање на потврда за правосилност и извршност на Решението за издавање на нотарски платен налог и на правото на приговор против Решението на нотарот за укинување на потврдата за правосилност и извршност.

-Со членот 25 од законот, се воведува новина според која **нотарот не наплаќа судска такса за издавање на нотарски платен налог за услуги кои произлегуваат од комунални дејности, телефонија, мобилни и кабловски оператори, одржување на заеднички простории, наводнување и одводнување на земјоделско земјиште.**

-Со членот 26 од законот, се врши измена според која доколку предлогот за издавање на нотарски платен налог е повлечен од доверителот и за тоа не бара формално решение, **тогаш нотарот ќе ги архивира списите на предметот,** наместо досегашното законско решение според кое нотарот требаше повлекувањето да го констатира на записник.

-Со членот 27 од законот, се воведува новина според која покрај за предлог и решение, **судската такса се наплаќа намалена според Законот за нотаријатот и за поднесен приговор.** Во овој член, повторно е наведен исклучокот за обврската за плаќање на судска такса за побарувања кои произлегуваат од комунални услуги.

-Со членот 28 од законот, се менува формата и содржината на **Решението за издавање на нотарски платен налог и се укинува штембилот.** Што значи дека со стапување во сила на измените на Законот за нотаријатот, за предлозите за издавање на нотарски платен налог ќе се носи формално Решение за издавање на нотарски платен налог.

-Со членовите 29 и 30 од законот, кои се однесуваат на членовите 79 и 80 од постоечкиот закон се менува досегашниот начин на достава и се укинуваат одредбите за достава по пат на јавна објава. **Со овие измени се уредува дека доставата се врши согласно одредбите од Законот за парничната постапка и дека доставувачите според ЗПП се изедначени со доставувачите вработени во нотарската канцеларија.**

-Со членот 32 од законот, се врши измена во член 92 од постоечкиот закон во насока на уредување на постапката за начинот на водење на записникот од собрание или на седница на некој друг орган на правно лице и усогласување со одредбите од Законот за трговските друштва.

-Со членовите 33, 34, 35 и 36 од законот се пропишуваат **условите за именување на заменик-нотар, помошник-нотар, нотарски стручен соработник и нотарски приправник на начин што во целост се враќаат поранешните законски решенија.**

-Со членот 37 од законот, **се укинува Регистарот на полномошна.**

-Со членовите 38 и 39 од законот, кои се однесуваат на членовите 129 и 130 од постоечкиот закон се вршат изменувања и прецизирања во начинот на вршење надзор над Комората и надзорот над нотарите од страна на Министерството за правда.

-Со членот 40 од законот, **се пропишува дисциплинска одговорност и за заменик - нотарот и нотарот кој привремено ја врши службата.**

-Со членовите 42, 43 и 44 од законот се врши измена во членовите 138, 139 и 140 од постоечкиот закон, на начин што **се менува концептот и се намалува висината на изречените парични казни за сторени дисциплински повреди.**

-Со членот 46 од законот, се менува член 145 од законот, според кој **второстепениот дисциплински орган, составен од двајца членови на Управен одбор и тројца судии од Апелационите судови именувани на предлог на Судскиот совет на РМ, повторно ќе биде во рамките на Нотарската комора.**

-Со членот 47 од законот, се менува и се враќа поранешниот начин на полагање на нотарскиот испит. Новина е тоа што како услов за полагање на нотарски испит се предвидува лицето да **има најмалку 3 години работен стаж на правни работи по положен правосуден испит или 2 години работен стаж во нотарска канцеларија по положен правосуден испит.**

-Со членот 52 од законот, се предвидува дека одредбата според која нотарот не наплаќа судска такса за издавање на нотарски платен налог за услуги кои произлегуваат од комунални дејности, телефонија, мобилни и кабелски оператори, одржување на заеднички простории, наводнување и одводнување на земјоделско земјиште **ќе се применуваат и на постапките започнати пред стапување на овој закон, освен ако судските такси се веќе платени, при што не може да се бара поврат на платените судски такси.**

5. Постигнати резултати од изменувањата и дополнувањата на Законот за нотаријатот од 2018 година

Од предлог текстот на ЗИДЗН, кој беше утврден од страна на Работната група, од вкупно 65 членови, во ЗИДЗН од декември 2018 година прифатени се 47 членови. Иако станува збор за значајни измени, сепак и после година дена од нивната примена, не се постигнаа очекуваните резултати и цели кои беа причината за неговото донесување.

Во овој ЗИДЗН, неа беа опфатени предлозите на Работната група кои се однесуваат на следните одредби:

-укинување на одредбите за учество на нотарите најмалку по 4 часа на две недели во општините каде нема нотар,

-дека нотарот е должен да состави нотарски акт доколку тоа го побараат учесниците во постапката,

-укинување на задолжителното составување на приватни исправи од адвокати со вредност над 10.000 евра,

-укинување на задолжителното составување на договорите и предоговорите за продажба од адвокати со вредност над 10.000 евра,

-укинување на задолжителното учество на адвокатите во постапката по нотарски платни налози,

-намалување на рокот на застареност на поведување на дисциплинска постапка,

-задолжителното учество на адвокати во оставинска постапка.

Исто така, овој закон не содржи преодни и завршни одредби за довршување на започнатите постапки по предлог за издавање на решение за нотарски платен налог, во делот на доставата, пропуст кој во досегашното нотарско постапување предизвика доста дилеми и проблеми.

Иако се измени членот 52 став (1) и во образложението на предлог законот стои дека со оваа измена практично се враќа составувањето на нотарскиот акт од страна на нотарите во вршењето на нотарската служба и на овој начин се влијае на ефикасноста, економичноста и правната сигурност во постапката пред нотар, сепак во пракса тоа не значи дека се врати нотарскиот акт, туку се додадоа само две нови точки кои се однесуваат на малолетни лица и лица со одземена деловна способност и други правни работи и изјави за кои со закон е предвидено дека мора да бидат составени во форма на нотарски акт.

Не се изменија ниту одредбите кои пропишуваат задолжително учество на адвокатите во постапките пред нотар, па предизвиканите проблеми во праксата од 2016 година останаа да постојат и денес. Аргумент дека оваа фаза на измени на Законот за нотаријатот беше право време да бидат опфатени и клучните прашања околу учеството на адвокат во постапка пред нотар, а од аспектна уставност е фактот дека идентични одредби за задолжителност на адвокат, содржеше и Законот за извршување од 2016 година, за кои Уставниот суд на РМ донесе Одлука бр. 135/2016-0-1 од 24.1.2018 година со која ги укинува членовите од Законот за извршување во делот на задолжителност на адвокатски потпис и печат во извршната постапка бидејќи не се во согласност со

Уставот и не наоѓаат уставно оправдување од аспект на принципот на еднаквост на граѓаните пред Уставот и законите. Според оценката на судот задолжителното инволвирање на адвокатите во правната работа на граѓани и правни лица пред извршителите, значи забрана за граѓаните и правните лица да можат сами да ги вршат дејствијата за составување на поднесоците пред извршителите **(а тоа правно мислење на Судот аналогно би значело и за составувањето на приватните исправи и предлозите за нотарски платен налог пред нотарите)**, потоа дека се воспоставува нерамноправен односно различен третман на граѓаните и правните лица кога за едни се бара а за други не се бара задолжително учество на адвокат – во зависност од вредноста на предметот, дека има граѓани кои се правно квалификувани (професори, судии и други) и способни сами за себе да преземат дејствие за составување на конкретен поднесок, а правните лица преку своите правни застапници со правни квалификации и вработени кај нив, се доволно стручни и правни квалификувани да можат самостојно да ги штитат своите права и интереси.

6. Заклучок

Новите решенија, наброени и обработени во овој труд што ги нудиЗИДЗН, требаше да имаат за цел (како што стоеше во предлогот на Законот) да гиуредат прашањата кои создаваа проблеми во примената на законот и да се влијае на унапредување на нотаријатот како ефикасен и функционален систем во остварувањето на правата и интересите на сите учесници во правниот промет

Меѓутоа, имајќи предвид дека со овие измени не се опфатија дискутабилнитезаконски решенија кои ги доведоа во нерамноправна положбаучесниците во правниот промет и се уште делуваат ограничувачки во поглед на остварување на уставно загарантираните права на граѓаните, денес повторно постојат проблемите кои се однесуваат на пристапот на граѓаните и другите субјекти до нотарската услуга и на нерамноправна положба на учесниците во правниот промет во поглед на остварување на уставно загарантираните права на граѓаните.

Дали овие проблеми и суштински прашања, кои беа најавени како втора фаза на изменувања и дополнувања на Законот за нотаријатот ќе следат во блиска иднина останува да сочекаме на потегот на Министерството за правда. Доколку навистина се оствари следна фаза, потребно е да се даде приоритет на законските одредби со кои ќе се изврши реафирмација на нотарскиот акт како основна форма на нотарска исправа и обележје на нотарската дејност со што ќе се врати неговото

правно значење и дејство во правниот живот и промет во државата и пред се да се почитува неприкосновеното право на избор и слободна диспозиција на граѓанинот.

Проф. д-р Никола Тупанчески*,
Проф. д-р Александра Деаноска - Трендафилова**

ПОЈАВНИ ОБЛИЦИ НА РОДОВО-ЗАСНОВАНИОТ КРИМИНАЛ СПОРЕД ИСТАНБУЛСКАТА КОНВЕНЦИЈА (Истанбулската конвенција и македонскиот Кривичен законик)

UDC: 364.633-055.2:341.24
Original Research Paper

***Апстракт:** Во последнава деценија посебен придонес во борбата против семејното насилство на меѓународно (поточно на европско) рамниште претставува Конвенцијата за превенција и борба против насилството врз жената и семејното насилство од Истанбул, 11.5.2011 година, позната како САНВИО или Истанбулска конвенција. Република Македонија ја потпиша истата година но ја ратификуваше дури седум години подоцна, со што таа стана и дел од нашето внатрешно законодавство. Дополнително, треба да се нагласи дека нашата држава стави резерви на неколку членови од Конвенцијата. Авторите на трудот констатираат дека повеќе од една и пол година, откако таа е дел од македонскиот внатрешен правен поредок, државата сèуште не направи значајни чекори кон остварувањето на обврските кои произлегуваат од неа. Истанбулската конвенција има изразена казненоправна димензија. Таа налага инкриминирање на низа дејствија во законодавствата на државите – потписнички, давајќи насоки дури и за правилата за одмерување на казната, казнивоста на обидот и помагањето, неприфаќање на одредени критериуми како основи за исклучување на противправноста итн.*

Авторите на трудот ги елаборираат казнено- правните одредби од Конвенцијата со тоа детектирајќи ги облиците на родово-заснован криминал кој произлегува од неа. Во трудот, направен е осврт врз неконсенсуалните односи од сексуална природа, умисленото присилување на стапување во брак (присилни и детски бракови), умислените акти на

* Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопје

** Вонредна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопје

физичко насилство, гениталното осакатување (генитални мутилации), присилниот абортус и стерилизација, демнењето, сексуалното вознемирување итн.

Клучни зборови: *конвенција, жени, фемцид, демнење, вознемирување, криминал.*

1. Воведни напомени

Конвенцијата за превенција и борба против насилството врз жената и семејното насилство од Истанбул, 11.5.2011 година е позната како САНВИО или Истанбулска конвенција. Република Македонија ја потпиша на 8.7.2011, но ја немаше ратификувано сè до 23.3.2018 година. Во сила во нашата држава стапи на 1.7.2018 година. Дополнително, треба да се нагласи дека нашата држава стави резерви на членовите 30, 35, 44, 55 и 59 од Конвенцијата.

Во македонското законодавство не постои дефиниција за родово-засновано насилство во законите и подзаконските акти, иако низа иницијативи за измена и дополнување на релевантни правни акти одат во насока на внесување на ваквите дефиниции во повеќе закони (Кривичен законик, Закон за спречување и заштита од насилство врз жените и семејно насилство итн.).

Инаку, ваква дефиниција постои во Националната стратегија за родова еднаквост 2013-2020 година, при што е нагласено дека таа е преземена од Декларацијата на ОН за елиминација на насилството врз жените (од 1993 година) и таа гласи: „Родово базирано насилство - насилството врз жените, значи секој акт на родово базирано насилство кое резултира со, или е веројатно дека ќе резултира со физичка, сексуална или психолошка штета или страдање на жените, вклучувајќи и закани за такви акти, принуда или своеволно лишување од слобода, без разлика дали се случуваат во јавниот или приватниот живот.“¹

Ваквата дефиниција е опфатена и во чл. 3, став 1, точка а., од Истанбулската конвенција во рамките на дефиницијата за насилство врз жените.

Иако постојат јасни детерминантин на термилошката рамка, ќе биде потребно стриктно и прецизно да се дефинираат сите овие термини кои се среќаваат во Истанбулската конвенција во националното законодавство; прво, терминот „родово – засновано насилство“, второ,

¹ Влада на РМ, МТСП, Стратегија за родова еднаквост 2013-2020 година, Скопје, 2013, стр. 8

терминот „насилство врз жени“ – термин кој во себе го опфаќа и елементот на родова заснованост и трето, терминот „родово засновано насилство врз жени“. Во научните кругови се укажува на тоа дека термините „насилство врз жени“ (каде што родовата заснованост е елемент на концептот) и „родово - засновано насилство врз жени“ се многу слични (за многумина дури и идентични) и дека треба да се најде решение, во иднина кога ќе бидат инкорпорирани обврските кои произлегуваат од Конвенцијата во нашето (пред сè, казнено) законодавство, многуте дефиниции да не создадат конфузија и проблеми во практичната примена.

Инаку, имајќи го предвид досегашниот модел или начин на инкриминирање на пример, на семејното насилство, делата од омраза и слично, повеќе од јасно е дека измените и дополнувањата на Кривичниот законик во овој домен, ќе бидат во насока на инкриминирање на нови дејствија, дополнување на постојни одредби и предвидување на родовата заснованост на делото како конститутивен елемент на потежок облик на конкретно дело.²

2. Истанбулската конвенција и импликациите врз казненото материјално право

Тргувајќи од одредбите на Истанбулската конвенција кои имплицираат низа дејствија кои е потребно да се инкриминираат во националните законодавства со цел да се создаде солидна основа за остварување на базичните цели на оваа Конвенција, а тоа е ефикасна борба и спречување на домашното и насилството врз жените и девојчињата, пред сè, заради нивната родова припадност, може да заклучиме дека нејзиното донесување и ратификација во државите потписнички предизвика бран на казненорправни реформи. Имајќи го предвид фактот дека низа држави иако веднаш ги потпишуваат ваквите инструменти, а потоа со години се чека на ратификација и имплементација, споменатиот реформски бран несомнено ќе продолжи и во иднина. Иако дел од дејствијата опфатени со членовите 33-40 од Конвенцијата веќе претставуваат кривични дела во компаративните казнени законодавства, мора да признаеме дека ќе биде потребно да се предвидат низа нови облици на криминал кои одамна постојат во светот или определени региони, а кои досега се „успешно“ игнорирани делумно заради тоа што претставувале дел од одредена традиција, обичаи или култура (женските генитални мутилации, на пример), а делумно и поради тоа што во определени општества се толку

² Подетално в. Ристеска, М., Цеков, А., Предлог амандмани на Кривичниот законик со цел усогласување со Истанбулската конвенција, Скопје, 2019

чести, што станале дел од т.н. „прифатено“ однесување, иако кулминираат и добиваат облици на дејствија кои навлегуваат длабоко во сферата на индивидуалните слободи и права на човекот (на пример, демнењето).

Ваквите одредби се очекува да предизвикаат и низа измени во нашиот Кривичен законик. Дел од нив, како што е веќе нагласено, би биле во облик на нови кривични дела, нови инкриминации, но дел ќе претставуваат ревизија и дополнувања на веќе постоечки диспозиции.

Но, импликациите на Конвенцијата не се лимитирани само на посебниот дел од Кривичниот законик, туку дел од нив имаат допирни точки со општи казненоправни институти. При одмерувањето на казната, на пример, определени околности треба да станат облигаторно отежнувачки³ доколку се јават при вршењето на родово засновани насилнички кривични дела, а обидот за ваквите дела⁴, како и дејствијата на соучесништво – поттикнување и помагање, исто така да се казниви.⁵

Конвенцијата, оттука, има и криминалнополитичка, првенствено казненополитичка димензија, а губењето на определени права (на пример, родителските) може да станат и облици на правни последици на осудата за ваквите дела, што претпоставува соодветно амендирање и на други, некривични закони.

2.1. Импликации врз одредбите од посебниот дел на македонскиот Кривичен законик (феноменологија на родово - заснованото насилство)

Во поглавјето V од Истанбулската конвенција насловено како материјално право, во неколку членови е опфатена казненоправна материја, поточно, на страните (потписнички) им се налага да преземат мерки со кои ќе се инкриминираат низа дејствија. Такви се:

- чл. 33 – психичко насилство,
- чл. 34 – демнење,
- чл. 35 – физичко насилство,
- чл. 36 - сексуално насилство, вклучувајќи и силување,
- чл. 37 – присилен брак,
- чл. 38 – женско генитално осакатување,
- чл. 39 – присилен абортус и присилна стерилизација,
- чл. 40 – сексуално вознемирување.

³ В. чл. 39 од Кривичниот Законик (КЗ), Службен весник на РМ, бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 7/2006, 139/2008, 114/2009, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 97/17 и 248/2018.

⁴ Чл. 19 од КЗ

⁵ Чл. 24 и 25 од КЗ.

Со оглед на фактот што Конвенцијата има за цел, меѓудругото, да го спречи родово - заснованото насилство, може да забележиме дека во неа се опфатени, од аспект на казненото материјално право, различните облици на насилство: физичко, психичко, сексуално и други. Оттука, насоките за казнените дела се претежно родово неутрални, односно духот на Конвенцијата е да ги заштити сите индицидуи кои ќе бидат жртви на некаков облик на насилство заради нивната припадност кон одреден род, иако го истакнува фактот дека жените се во фокусот на заштитата. Така, заштитени од физичко, психичко, сексуално насилство во смисла на родово засновано насилство и сл. се и жените, но и мажите, доколку во субјективниот елемент на делото е омразата на сторителот спрема тоа лице зошто е маж или жена, момче или девојче. За разлика, од сите други одредби, одредбата од чл. 38 не е родово неутрална во изразот, туку заштитата која произлегува од неа е исклучиво наменета за лица од женскиот пол. Со право се укажува на фактот дека, за жал, истражувањата покажуваат дека жените и девојчињата се доминантно жртви кога се работи за родово заснованото насилство.⁶

Во продолжение ќе ги анализираме наведените одредби од Конвенцијата *vis a vis* одредбите од нашиот Кривичен законик

Како што е наведено погоре, чл. 33 од Конвенцијата се однесува на **психичкото насилство** и тој гласи:

„Страните ги преземаат потребните законодавни или други мерки за да обезбедат дека намерното однесување кое сериозно го нарушува психичкиот интегритет на некое лице со употреба на присилба или закана се инкриминира.“

Во Кривичниот законик нема експлицитна одредба која го инкриминира психичкото насилство како такво, но чл. 139 – присилба и чл. 144 – загрозување на сигурноста претставуваат дела во рамките на чии битија конститутивен елемент е употребата на сила или сериозна закана. Како што е познато, заканата претставува облик на психичко насилство, па, оттука, овие инкриминации го опфаќаат и психичкото насилство.⁷ Да не забораваме дека присилбата е конститутивен елемент – дејствие и кај многу сложени казнени дела.

Надвор од Кривичниот законик, и во Законот за работните односи со чл. 9-а е забрането психичкото вознемирување на работно место

⁶ European Institute for Gender Equality, What s Gender Based Violence?, достапно на: <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/what-is-gender-based-violence>

⁷ Мирчева, С., Гогов, Б., Анализа на усогласеноста на законодавството на Република Македонија со Конвенцијата на Советот на Европа за спречување и борба против насилството врз жените и домашното насилство: (Истанбулска конвенција): базична студија, Национален совет за родова рамноправност, Скопје, 2014 год., стр. 66

(мобинг).⁸

Сепак, можно е да очекуваме критики во оваа насока (доколку во меѓувреме не бидат усвоени измени на Кривичниот законик), по извршената идна евалуација од GREVIO, дека овие одредби не се во целост со интенцијата на Советот на Европа во поглед на заштитата на психичкиот интегритет на жртвата. Вакви забелешки доби Австрија,⁹ додека, на пример, Полска и Шпанија се позитивни примери за соодветно законодавство во горенаведената смисла.¹⁰

Член 34 насловен како „демнење“ стипулира обврска: „Страните да ги преземаат потребните законодавни или други мерки за да обезбедат дека намерното однесување на повторено заканување насочено кон друго лице што предизвикува лицето да се плаши за својата безбедност се инкриминира.“

Во КЗМ е инкриминирано загрозувањето на сигурноста во чл. 144, но демнењето е специфичен облик на загрозување на сигурноста и често може да се појави како предикативно дејствие (кое сепак треба да е повторувачко) пред друго посериозно насилничко однесување кое претставува соодветно кривично дело.¹¹

Демнењето кај нас сè уште не е инкриминирано. За разлика од нас, во Хрватскиот казнен закон во чл. 140 е опфатено кривичното дело „наметливо однесување“ чие законско битие соодветствува на духот на овој член од Истанбулската конвенција, а инкриминации насловени како „демнење“ се среќаваат и во Италијанскиот Казнен законик,¹² Германскиот Кривичен законик,¹³ Словенечкиот Кривичен законик¹⁴ и други.

⁸ Закон за работните односи („Службен весник на Република Македонија“ бр. 62/2005, 106/2008, 161/2008, 114/2009, 130/2009, 149/2009, 50/2010, 52/2010, 124/2010, 47/2011, 11/2012, 39/2012, 13/2013, 25/2013, 170/2013, 187/2013, 113/2014, 20/2015, 33/2015, 72/2015, 129/2015, 27/2016 и 120/2018 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 110/2019

⁹ Christofi, A., Fries – Tersch, E., Meurens, N., Monteiro, C., Morel, S., Spanikova, H., Violence against Woman and the EU Accession to the Istanbul Convention, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2017, стр. 62

¹⁰ Ibid.

¹¹ Подетално в. Тупанчески, Н., Деаноска – Трендафилова, А., За потребата од инкриминирање на демнењето како облик на кривичното дело загрозување на сигурноста, Зборник од 4-тата меѓународна научна конференција на Охридската школа на правото, 2018 година, Институт за правно-економски истражувања и едукација, Јуридика Прима, Стоби Трејд, 2018, стр. 103-116

¹² Codice Penale, art. 612- bis, достапно на: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona>

¹³ Види: § 238, Strafgesetzbuch Der Bundesrepublik Deutschland

¹⁴ Види чл. 134 –а, Kazenski zakonik, <https://zakonodaja.com/zakon/kz-1/134a-clen->

Истанбулската Конвенција во чл. 35 **„физичко насилство“** ги обврзува страните потписнички да *„...ги преземат потребните законодавни или други мерки за да обезбедат дека намерното извршување на дела на физичко насилство врз друго лице се инкриминира“*.

Оваа одредба со себе содржи сплет на можни кривични дела и физичкото насилство е инкриминирано на различни начини и во повеќе ситуации во кривичните законици во националните законодавства. И во КЗМ се инкриминирани низа дела кои опфаќаат физичко насилство, како што се убиствата, (при тоа треба да се нагласи квалифицираното убиство при вршење семејно насилство (чл.123), натаму телесната повреда (чл.130) и тешката телесна повреда (чл. 131), како и делото насилство (чл. 386) итн. Дополнително, физичкото насилство (примена на сила) е елемент на многу други дела кои имаат посложени битија.

Сепак, нашата држава стави резерва на оваа одредба со оглед на фактот што одредени облици на физичко насилство може да преставуваат и прекршоци, а не кривични дела (на пример, одредби од Законот за прекршоците против јавниот ред и мир¹⁵).

Од компаративноправна перспектива и други национални законодавства се оценети како такви што обезбедиле инкриминирање на умисленото физичко насилство кое резултира со повреди и пред донесувањето на оваа Конвенција.¹⁶

Чл. 36 од Конвенцијата **„сексуално насилство, вклучувајќи и силување“** е еден од покомплексните во врска со кој постојат извесни разлики во националните законодавства.

Имено, членот гласи *„Страните ги преземаат потребните законодавни или други мерки за да обезбедат дека се инкриминира следново намерно однесување:*

а. вагинална, анална или орална пенетрација од сексуална природа со кој било телесен дел или предмет во телото на друго лице без негова согласност;

б. други акти од сексуална природа со лице без нејзина/негова согласност;

в. наведување друго лице да се вклучи во акти од сексуална природа со трето лице без негова согласност.

zalezovanje

¹⁵ Закон за прекршоците против јавниот ред и мир („Службен весник на Република Македонија“ бр. 66/2007 и 152/2015, чл. 11, чл. 12 и други

¹⁶ Christofi, A., Fries – Tersch, E., Meurens, N., Monteiro, C., Morel, S., Spanikova, H., Violence against Woman and the EU Accession to the Istanbul Convention, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2017, стр. 64

Согласноста мора да е дадена доброволно како резултат на слободната волја на лицето, проценета во контекст на опкружувачките околности.

Страните ги преземаат потребните законодавни или други мерки за да обезбедат дека одредбите од ставот 1 важат за акти извршени врз поранешни или сегашни сопружници или партнери утврдени со внатрешното право.“

Ако елементите од горенаведениот член ги споредиме со КЗ, ќе заклучиме дека КЗ предвидува низа инкриминации за дејствија од сексуална природа, но кога станува збор, на пример, за кривичното дело силување од чл. 186 како неправо сложено кривично дело составено од присилба и обљуба, во судската практика се демонстрира став дека отпорот на жртвата треба да е активен, видлив. Со чл. 36 од Истанбулската конвенција всушност се налага инкриминирање и на сексуалните дејствија кои не содржат активен отпор, но за кои не е дадена согласност од страна на жртвата, што е обврска на РСМ за идно дополнување на овој сет на инкриминации.¹⁷

Инаку, главата XIX од Кривичниот законик „Кривични дела против половата слобода и половиот морал“ содржи низа инкриминации со кои се заштитуваат лицата, особено децата и други ранливи категории од сексуално насилство и злоупотреба во ситуациите кога жртвата не може слободно да изрази волја или не го сфаќа значењето на чинот (полов напад врз дете кое не наполнило 14 години, обљуба врз немоќно лице и др.).¹⁸

Ќе биде многу важно соодветно и пропорционално да се инкриминираат и санкционираат дејствијата на обљуба (сексуален чин) и другите дејствија кои се изедначуваат со обљубата наспроти т.н. други полови дејствија или, според словото на Конвенцијата, други акти од сексуална природа.

Споредбените студии покажуваат дека во врска со овој член од Конвенцијата повеќето држави не се на линија на негово целосно покривање. Одредени држави, на пример, ја опфаќаат само класичната обљуба, а не и другите дејствија изедначени со неа (на пример, Словенија¹⁹ и Малта, до неодамнешните законски измени во 2018

¹⁷ Подетално в. Деаноска- Трендафилова, А., Мујоска, Е., Истанбулската (САНVIO) конвенција и казненоправната заштита на децата од сексуално насилство, Македонска ревија за казнено право и криминологија, бр. 1, 2013

¹⁸ Види КЗ, чл.187, 188 итн.

¹⁹ Чл.170 од КЗ на Словенија (Kazenski zakonik, <https://zakonodaja.com/zakon/kz-1/134a-clen-zalezovanje>)

година²⁰). Но, како почест проблем со одредбите во повеќето држави се јавува тоа што сексуалниот чин без согласност не се инкриминира како таков. Дури и законодавствата каде што не се бара само активен отпор и најчесто се споменува дека жртвата е потребно на каков било начин да искажала несогласување, се оценуваат како такви кои не се целосно во согласност со целите на Конвенцијата (на пример, Австрија).²¹ Сепак, се чини дека имаат основа за понатамошни расправи одредени дилеми кај низа теоретичари, како да се утврди дека сексуалниот чин за кој жртвата не дала согласност е противправен, доколку таа на одреден начин тоа не го демонстрирала.

Следниот член од Конвенцијата од кој произлегува обврска за инкриминирање на одредено дејствие е чл. 37 - **присилен брак** и според него „*Страните ги преземаат потребните законодавни или други мерки за да обезбедат дека се инкриминира намерното присилување на возрасен или дете да стапат во брак. Страните ги преземаат потребните законодавни или други мерки за да обезбедат дека се инкриминира намерното наамување на возрасен или дете на територијата на некоја Страна или земја која не е земјата каде тие престојуваат со цел да се принудат овој возрасен или дете да стапат во брак.*“

КЗМ го предвидува присилниот брак како цел на други кривични дела, поточно на трговијата со луѓе – чл. 418-а и трговијата со дете – чл. 418-г. Меѓутоа, присилниот брак како кривично дело *per se* не е инкриминиран. Иако во пракса, логично е најголемиот број случаи на присилни бракови да бидат извршени во рамките на овие казнени дела, сепак, постои веројатност лице да биде присилено на брак и во посебна ситуација која не е дел од трговија со луѓе. Оттука, потребно е при идното новелирање на КЗМ да биде земена предвид и оваа одредба од Конвенцијата. Имено, многу држави веќе имаат посебни инкриминации за присилен брак (*per se*, а не како дел од друго кривично дело). Такви решенија имаат, на пример, казнените законици на Франција, Шпанија, Словенија, Белгија итн.²²

Дефинитивно една од поновите инкриминации, посебно во европските казнени законодавства (ќе) произлезе од чл. 38 од

²⁰ Gender Based Violence and Domestic Violence Bill, Malta, достапно на: <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12830&l=1>

²¹ Види: GREVIO Baseline Evaluation Report Austria, достапно на: <https://rm.coe.int/grevio-report-austria-1st-evaluation/1680759619>

²² Christofi, A., Fries – Tersch, E., Meurens, N., Monteiro, C., Morel, S., Spanikova, H., Violence against Woman and the EU Accession to the Istanbul Convention, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2017, стр. 64

Конвенцијата– **женско генитално осакатување**. Според овој член „Страните ги преземаат потребните законски или други мерки за да обезбедат дека се инкриминира следново намерно однесување:

а. отсекување, инфибулација или секое друго осакатување во целост или делумно на големите усни (*labia majora*), малите усни (*labia minora*) или клиторисот на жената;

б. присилување или наведување на жена да се подведе на некои од дејствијата наведени во точката а;

в. поттикнување, присилување или наведување на девојче да се подведе на некои од

дејствијата наведени во точката а.“

Дејствијата на женски генитални мутилации се непознати за поголемиот дел од развиените демократски држави, но не и за одредени држави, пред сè, од Африка, Азија и други во кои тие се дел од традицијата и обичајот.²³ Со оглед на фактот што ваквите дејствија се многу опасни, болни, но и понижувачки, па зависно од последицата може да доведат и до смрт на девојчето/жената, многу често се оценуваат како причина за феминицид,²⁴ а глобализацијата и миграциите го отворија прашањето за нивно инкриминирање секаде во светот.

КЗ не содржи одредба со која ваквите дејствија експлицитно се инкриминираат, иако засега (односно до усвојувањето на ваква одредба) овие дејствија би биле правно квалифицирани како облици на телесна повреда. Останува обврската на државата за посебна инкриминација, како што тоа веќе го направија повеќето европски држави, меѓу нив: Австрија, Белгија, Италија, Малта, Франција, Данска Шведска и други, кои имаат посебна инкриминација, додека во некои држави гениталното осакатување на жените е дел од друга одредба, на пример, предвидено е како облик на телесна повреда. За илустрација, вакво решение имаат Словенија,²⁵ Романија²⁶ и други.

Член 39 носи наслов **присилен абортус и присилна стерилизација** и гласи „Страните ги преземаат потребните законодавни и други мерки за да обезбедат дека се инкриминира следново намерно однесување:

а. вршење абортус врз жена без нејзина претходна информирана

²³ World Health Organization, Factsheet, Female Genital Mutilation, достапно на: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>

²⁴ Rakic, Jelena. (2017). Female genital mutilation - from tradition to femicide. Temida. 20. 241-267. 10.2298/TEM1702241R.

²⁵ Чл. 123-124 од КЗ на Словенија (Kazenski zakonik, <https://zakonodaja.com/zakon/kz-1/134a-clen-zalezovanje>)

²⁶ Чл. 194 КЗ на Романија (Criminal code of Romania, https://www.legislationline.org/download/id/8291/file/Romania_Penal%20Code_am2017_en.pdf)

согласност;

б. вршење операција врз жена без нејзина претходна информирана согласност односно разбирање на постапката чија цел или последица е да се прекине нејзината способност за природна репродукција.“

Чл. 129 од КЗ ги инкриминира сите форми на нелегален абортус и присилната стерилизација (при што се опфатени и малолетните женски лица).²⁷ Всушност, како и прашањето поврзано со физичкото насилство, така и присилниот абортус и присилната стерилизација се инкриминирани во скоро сите европски држави уште пред усвојувањето на Конвенцијата.

Во сетот дејствија кои треба да се инкриминираат е и она опфатено со чл. 40 од Конвенцијата, односно **сексуалното вознемирување**. Според чл. 40 „Страните ги преземаат потребните законодавни или други мерки за да обезбедат дека секоја форма на несакано вербално, невербално или физичко однесување од сексуална природа со цел или последица повреда на достоинството на лицето, особено кога се создава заплашувачка, непријателска, деградирачка, понижувачка или навредлива средина, е предмет на кривична или друга законска санкција.“

Во нашето законодавство ова прашање е покриено со повеќе закони, иако во моментот не е предвидена кривична, туку прекршочна одговорност. На пример, Законот за заштита од вознемирување на работното место во чл.5, ст.2 го опфаќа половото вознемирување. Вакви одредби содржат и Законот за работни односи и Законот за заштита од дискриминација. Не е предвидена кривична, туку само прекршочна одговорност и заштита во парнична постапка.²⁸

2.2. Импликации поврани со институти од општиот дел на КЗ (поттикнување, помагање, обид, противправност)

Согласно чл. 41 од Истанбулската конвенција, државите потписнички на Конвенцијата треба да преземат законодавни или други мерки со цел кривично да е одговорен и тој што врши намерно помагањето или поттикнувањето на вршење кривични дела утврдено во согласност со членовите 33, 34, 35, 36, 37, 38.а и 39 од Конвенцијата.

Согласно нашето законодавство, поттикнувањето како умислено создавање или зацврстување на одлука кај друг за извршување на делото е казниво, а поттикнувачот одговара како самиот извршител на делото.²⁹

²⁷ В. чл 129 КЗ

²⁸ Мирчева, С., Гогов, Б., Анализа на усогласеноста на законодавството на Република Македонија со Конвенцијата на Советот на Европа за спречување и борба против насилството врз жените и домашното насилство: (Истанбулска конвенција): базична студија, Национален совет за родова рамноправност, Скопје, 2014 год., стр. 75-77

²⁹ Камбовски, В., Казнено право- општ дел, Скопје 2004, стр. 718

Дури и неуспешното поттикнување на потешки дела е казниво, согласно чл. 23, ст.2.³⁰ Помагањето, пак, како умислен придонес во извршување на (туѓо) дело, исто така е казниво согласно чл. 24, ст. 1 од КЗ. Оттука, органите на казнениот прогон се најповикани да ги ефектуираат целите на Конвенцијата за казнување и на поттикнувачите и помагачите на ваквите дела во конкретните случаи, имајќи го предвид фактот што нашето законодавство нуди солидна основа за тоа.

Чл. 41 од Конвенцијата стипулира обврска за страните потписнички да ги преземат и потребните законодавни или други мерки за да го утврдат како кривично дело, кога се врши намерно, обидот за вршење на кривичните дела утврдени во согласност со членовите 35, 36, 37, 38.а и 39 од Конвенцијата. Со оглед на фактот што обидот е начелно казнив во нашето законодавство, а имајќи ја предвид потребата од ревизија на постојните и воведување на нови одредби, законодавецот треба да ги преиспита законските рамки за санкционирање на делата опфатени со наведените членови со цел да овозможи казнивост на обидот според чл. 19 од КЗ или во посебен став на конкретниот член за казненото дело, доколку се работи за предвидена казна затвор во пократко траење, да предвиди казнивост и за обидот.³¹

КЗМ содржи одредби за казнивост на умисленото поттикнување и помагање, а казнивоста на обидот зависи од пропишаната казна, како и од експлицитното пропишување за казнување кај полесните дела што е одлука на законодавецот.

Во поглед на основите за исклучување на противправноста, оваа Конвенција тргнувајќи од целите, но пред сè од причините за нејзиното донесување, предвидува обврска, државите потписнички да обезбедат решение според кое нема да се овозможи сторителите на дејствијата опфатени со Конвенцијата да бидат неказнети повикувајќи се на чест, традиција итн. Односно, чл. 42 од Конвенцијата предвидува *„Страните да ги преземаат потребните законодавни и други мерки за да обезбедат дека во кривичните постапки кои се покренати заради извршување на секој од актите на насилство опфатени со Конвенцијата, културата, обичајот, религијата, традицијата или таканаречената „чест“ не смее да се прифати како оправдување за таквите акти. Тука особено спаѓаат тврдењата дека жртвата ги прекришила културните, верските, општествените или традиционалните норми или обичаи на соодветно однесување. Страните ги преземаат потребните законодавни и други мерки за да обезбедат дека поттикнувањето дете да изврши кој било од*

³⁰ Види КЗ, чл. 23.

³¹ Камбовски, В. Казнено право- општ дел, Скопје 2004стр. 637

актите предвидени во ставот 1 не ја намалува кривичната одговорност на лицето кое поттикнува за извршеното дело.“

2.3. Импликации врз криминалната политика (нови санкции, посебни мерки, правни последици и одмерување на казната)

Ако ги земеме во предвид, членовите 45 и 46 од Истанбуската конвенција, неминовно се доаѓа до заклучок дека таа со своите одредби завлегува и во делот на одмерувањето на казната и одредувањето на соодветната кривична санкција. Имено, според чл. 45, се укажува на потребата кривичните дела утврдени во согласност со Конвенцијата да се казниви со *„делотворни, сразмерни и санкции кои одвраќаат од вршење на кривични дела, земајќи ја предвид нивната сериозност. Ваквите санкции вклучуваат, кога е потребно, пресуди што вклучуваат лишување од слобода, а кое може да покрене екстрадиција.“*

Ова значи дека се упатува на предвидување и изрекување на затворски казни кои ќе имаат генерално и специјално - превентивна функција.

Но, во истиот член се нагласува дека државите може да усвојат и други мерки во врска со сторителите, како што се:

„- следење или надзор на осудените лица,

- одземање на родителските права ако е тоа во најдобар интерес на детето, што може да вклучува дека сигурноста на жртвата да не може да се гарантира на друг начин.“...³²

Од наведеното може да се заклучи дека Конвенцијата упатува на можно решение за губењето на некои права од други сфери (родителското право, на пример) кога едно лице е извршител на некое од наведените дела, предвидување нови мерки од различен карактер и сл. Првото *de facto* може да претставува правна последица на осудата со извесни измени на законодавството, но доколку стане збор во конкретен случај за одземање на родителското право, тоа мора да е во најдобар интерес на детето.

Од овој член директно може да се согледа криминалополитичката димензија на Конвенцијата за заострен казненоправен одговор кон извршителите на дела на домашно и родово-засновано насилство.

Во слична насока е и чл. 46, иако тој е повеќе насочен кон една потесна сфера од претходната, односно кон казнената политика како дел од криминалната политика. Во таа смисла, во него експлицитно се наведени околностите кои на делото треба да му дадат потежок карактер. Такви се следните околности:

„а. кривичното дело е извршено врз поранешен или сегашен

³² Истанбулска конвенција, чл. 45

сопругник односно партнер во согласност со националното законодавство, од страна на член на семејството, лице кое живее заедно со жртвата или лице кое го злоупотребило својот авторитет;

б. кривичното дело, односно сродните дела биле повторувани;

в. кривичното дело е извршено врз лице кое било ранливо заради определени околности;

г. кривичното дело е извршено врз или во присуство на дете;

д. кривичното дело е извршено од двајца или повеќе луѓе што постапувале заедно;

ѓ. на кривичното дело му претходело или е извршено со екстремно ниво на насилство;

е. кривичното дело е извршено со употреба или закана од оружје;

ж. кривичното дело резултирало со тешка физичка или психичка последица за жртвата;

з. сторителот бил претходно осудуван за дела од слична природа.“

Иако голем дел од споменатите околности и вообичаено се земаат во нашата судската пракса како отежнувачки, нивното јасно детерминирање ќе биде јасна смерница за судиите во постапките по ваквите предмети, но доколку при инкриминирање на дејствијата наведени во членовите 33-39 од Конвенцијата, некоја од овие околности биде предвидена како конститутивен дел од законското битие на делото или е конститутивен елемент на потешок облик на делото, судот не сме притоа да ја земе за отежнувачка при одмерувањето на казната.

Дополнително, не смее да се заборави и чл. 48 од Истанбулската конвенција, кој има импликации од процесен карактер, а преку тоа и врз видот и висината на казната, според кој треба да **се забрани задолжителната примена на алтернативно решавање на споровите (медијација, на пример)** кога се работи за дела на насилство врз жените.

3. Механизам за следење на спроведувањето на одредбите од Истанбулската конвенција

Истанбулската конвенција е една од позначајните конвенции на Советот на Европа за заштитата на правата на луѓето од семејно и други облици на насилство, посебно на насилството врз жената и родово заснованото насилство, а тоа се огледа и во фактот што таа е најзначаен правнообврзувачки акт од својот вид и за нејзиното спроведување е формирано посебно тело за мониторинг.

Имено, GREVIO (група на експерти за акција против насилството врз жените и домашното насилство) е независно експертско тело кое врши

евалуација на легислативните и други мерки што државите ги преземаат во насока на исполнување на обврските од Конвенцијата и подготвува извештаи во кои ги констатира состојбите за секоја држава одделно.³³

Првите десет члена на GREVIO се избрани на 4.5.2015 година со четиригодишен мандат, а во мај 2018 година се избрани уште 5 дополнителни члена како резултат на ратификацијата на Конвенцијата од страна на Германија со што е исполнет условот и за нивен избор.³⁴

Направена е и временска рамка за првата (базична) евалуациска процедура 2016-2020 година. Евалуациски посети веќе се направени во многу држави, и првите евалуациски извештаи се изготвени за Австрија, Монако, Албанија, Данска, Црна Гора, Турција, Франција, Италија, Финска, Португалија и Шведска. Во тек се евалуациските процеси за Андора, Белгија, Малта, Холандија, Србија, Словенија и Шпанија, а претстојни се процесите на евалуација за следните држави: Босна и Херцеговина, Кипар, Хрватска, Естонија, Грузија, Германија, Хрватска, Исланд, Луксембург, Полска, Северна Македонија, Романија и други.³⁵

Според временската рамка на GREVIO, нашата држава е планирано да биде посетена и евалуирана во октомври 2022 година, а извештајот ќе биде објавен во јуни 2023 година.

Анализата на првите евалуациски извештаи покажува дека дури и државите кои имаат долга демократска традиција и традиција за промовирање и почитување на родовата еднаквост, добиваат конкретни укажувања од GREVIO во кои сегменти е потребно подобрување. Сепак, т.н. општества со потрадиционален – патријархален карактер имаат уште многу што да направат за да ги доведат состојбите со родово заснованото насилство на задоволително ниво.

Така, на пример, ситуацијата во Турција во врска со насилството врз жените, според GREVIO, дава „мешана слика“, при што се истанува дека е забележан непобитен напредок. Сепак, се истакнува дека родовата еднаквост треба да се подобри во пракса и во корен да се сосечат сите тенденции да се „културализираат“ прашањата за правата на жените кои би воделе до враќање назад во процесот за издначување на сите во остварувањето на нивните права.³⁶

³³ About GREVIO – Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence,
<https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio>

³⁴ Ibid.

³⁵ Country Monitoring Work, достапно на: <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/country-monitoring-work>, пристапено на 20.1.2020 година

³⁶ GREVIO, (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence

Што се однесува до Црна Гора, GREVIO препорачува да се зголеми свесноста и сензибилизацијата на овие прашања, но и да се зајакнат капацитетите во врска со борбата против домашното насилство, особено сексуалното насилство и силувањето, бидејќи, како што се наведува, се работи за табу тема и бројките на пријавени случаи се екстремно мали. Исто така, се укажува на легислативна неконзистентност помеѓу црногорскиот Кривичен законик и Законот за спречување на семејно насилство.³⁷

Албанија ги доби своите први оценки и забелешки од GREVIO уште во 2017 година, кога беше објавен првиот Основен евалуациски извештај.³⁸ Во него, меѓудругото, се наведува дека државата демонстрирала свест и јасна определба за зајакнување на правата на жените како клуч за ставање на крај на насилството врз нив. Она што се истакнува како поле на кое треба да се фокусира Албанија во следниот период е патријархалниот менталитет и сексистичките стереотипи.

Оценките за Данска (од државите кои веќе се евалуирани) се чини дека се меѓу најпозитивните, при што се истакнува дека Данска како држава има долга историја на решавање на прашањата на насилството врз жените како преку политиките, така и преку законодавството. Она на што се упатува да се обрне внимание е родово заснованото насилство како посебен облик различен од насилството врз жената.³⁹

Извештаите на GREVIO се детални и конкретни со прецизни насоки што треба да се преземе или дополни, особено кога се работи за националното законодавство.

4. Наместо заклучок

Истанбулската конвенција има големо значење за заштитата на жените и девојчињата од секаков облик на насилство како доминантни жртви, особено во случаите на семејно насилство. Нејзина цел е,

against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) TURKEY, 2018, стр. 110

³⁷ GREVIO, (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) MONTENEGRO, 2018, стр. 60

³⁸ GREVIO, (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) ALBANIA, 2017, стр. 65

³⁹ GREVIO, (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) DENMARK, 2017, стр. 55

меѓудругото, ваквата заштита да стане дел од политиките на секоја влада. Како што наведовме, Република Македонија ја потпиша во 2011 година, но ја ратификуваше и влезе во сила дури седум години подоцна.

Таа го актуелизира прашањето на т.н. родово – засновано насилство, односно родовата припадност како мотив и поттик за криминално дејствување. Со оглед на фактот што насилството и само по себе претставува сериозен облик на неправо, а *fortiori* со заснованоста врз родот (насилство врз жена заради тоа што е жена) односно со својата мошне изразена дискриминациска позадина *sui generis*, Конвенцијата има изразена казненоправна димензија и сет од правнообврзувачки норми.

Со нејзиното потпишување и ратификација, Република Северна Македонија во периодот што следи ќе се соочи со обврската за измени и дополнувања на Кривичниот законик, но и низа други закони и акти. Ова е особено важно да се заврши во следните две години, односно пред планираната евалуациска процедура на GREVIO за нашата држава.

Во кратки црти, она што е потребно да се преземе се состои во следното: инкриминирање на демнењето, на женското генитално осакатување, на сексуалните дејствија, односно обљуби без согласност, натаму, дополнување на низа инкриминации со дејствија кои во моментов не се предвидени, а се блиски до постојни кривични дела во насока на целосна покриеност на физичкото и психичкото насилство, вознемирувањето итн. Ревизија треба да се направи и на многу одредби од аспект на казнивоста на обидот и формите на соучесништво и предвидување на родовата заснованост како квалификаторна околност. Низа дефиниции, исто така треба да го најдат своето место во т.н. „поимници“ во релевантните закони.

Но, она што е клучно да се направи е и сензибилизација на јавноста околу значењето на концептот на родово – засновано насилство и подигање на свеста на граѓаните за важноста на напуштањето на стереотипите за жената и нејзината положба, значењето на родовата еднаквост и фактот дека таквите традиционални гледишта и постапки во многу ситуации претставуваат сериозни повреди на фундаменталните човекови права.

*Prof. Nikola Tupancheski, PhD, Full Professor,
Faculty of Law "Justinian I" - Skopje,
Prof. Aleksandra Deanoska, PhD, Associate Professor,
University "Ss. Cyril and Methodius"*

MANIFESTATION FORMS OF GENDER-BASED CRIME ACCORDING TO THE ISTANBUL CONVENTION

In the last decade, a special contribution to the fight against domestic violence on an international (or more precisely - European) level marks the Convention on the Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence opened for signature in Istanbul on 11.5.2011, also known as CAHVIO or Istanbul Convention. Republic of Macedonia signed it the same year, but it was not ratified until seven years later when it became a part of our internal legislation. In addition, it should be emphasized that our state has put reservations on several articles of the Convention. The authors of this article find that almost a year and a half after it is part of the Macedonian legislation, the state has not yet made significant steps towards fulfilling the obligations that arise from it. The Istanbul Convention has a pronounced criminal-law dimension. It requires incrimination of a series of actions in the legislations of the signatory states, giving guidance even on the rules for determination of the sentence, the criminalization of the attempt and aiding, the non-acceptance of certain criteria as grounds for exculpation, etc.

The authors of this paper elaborate the criminal provisions of the Convention and detect the forms of gender-based crime deriving from it. In the paper, an overview has been made of the nonconsensual relations of sexual nature, the intentional coercion of marriage (forced and child marriages), the intentional acts of physical violence, genital mutilation, forced abortion and sterilization, stalking, sexual harassment, etc.

Keywords: *convention, women, femicide, stalking, harassment, crime.*



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education
Институт за правно економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

5-та Меѓународна научна конференција

ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО
2019

*Злоупотреба на правото и „ненормалното“ право
наспроти владеење на правото
Посветена во чест на животот и делото на
Акад. Проф. д-р Слободан Перовиќ –
основположник на Копаоничката школа на природното право*

9-12 Мај Охрид 2019

Конференцијата и издавањето на зборниците го помогнаа:
Комора на извршители на РСМ, Аполонија, Ацибадем Систина, Кнауф,
Витаминка, Адвокатско друштво Апостолски, Геомонд, Раде Влаховиќ,
Агрија, Аксон, Нотарска комора на РМ, Анизор, Некстсенс, Визија-Т.
Институтот IURIDICA PRIMA изразува голема благодарност до нашите
пријатели за укажаната доверба и несебична подршка за развојот на
правната мисла и реформите во правото.

FIAT IUSTITIA ET PEREAT MUNDUS!