

УНИВЕРЗИТЕТ “ГОЦЕ ДЕЛЧЕВ” - ШТИП
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ
GOCE DELCEV UNIVERSITY IN STIP, FACULTY OF LAW
УНИВЕРСИТЕТ ИМ. ГОЦЕ ДЕЛЧЕВА, ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ШЕСТАТА МЕЃУНАРОДНА
НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА
SIXTH INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE
ШЕСТОЙ МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ

ОПШТЕСТВЕНИТЕ ПРОМЕНИ ВО ГЛОБАЛНИОТ СВЕТ

SOCIAL CHANGES IN THE GLOBAL WORLD

СОЦИАЛЬНЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ В ГЛОБАЛЬНОМ МИРЕ

ЗБОРНИК НА ТРУДОВИ
PROCEEDINGS
СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ



ШТИП, 2019
STIP, 2019

Универзитет „Гоце Делчев“ - Штип, Правен факултет
Штип, Република С. Македонија



ШЕСТА МЕЃУНАРОДНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА



ОПШТЕСТВЕНИТЕ ПРОМЕНИ ВО ГЛОБАЛНИОТ СВЕТ

ЗБОРНИК НА ТРУДОВИ

Штип, 2019

Goce Delcev University in Shtip, Faculty of Law
Shtip, Republic of N. Macedonia



SIXTH INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE



PROCEEDINGS

Shtip, 2019

Университет им. Гоце Делчева, Юридический факультет
Штип, Республика С. Македония



ШЕСТОЙ МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНАЯ
КОНФЕРЕНЦИЯ



**СОЦИАЛЬНЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ В
ГЛОБАЛЬНОМ МИРЕ**

СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ

Штип, 2019

Sixth International Scientific Conference: SOCIAL CHANGES IN THE GLOBAL WORLD © 2019 Copyright Goce Delcev University in Shtip, Republic of N. Macedonia. Address: Goce Delcev University, Shtip, Faculty of Law, ul. Krste Misirkov bb, PO box 201, 2000, Shtip, R. N. Macedonia. www.ugd.edu.mk;

Печати / Print 2-ри Август-Штип / 2- ri Avgust- Shtip
Уредник: Марија Амповска

CIP - Каталогизација во публикација
Национална и универзитетска библиотека "Св. Климент Охридски", Скопје
316.42(100)(062)

МЕЃУНАРОДНА научна конференција (6 ; 2019 ; Штип)

Општествените промени во глобалниот свет : зборник на трудови / Шеста меѓународна научна конференција = Social change in the global world : proceedings / Sixth international scientific conference = Социальные изменения в глобальном мире : сборник материалов / Шестой международная научная конференция. - Штип : Универзитет "Гоце Делчев" - Штип, Правен факултет ; Shtip : Goce Delcev University, Faculty of law, 2019. - 1062 стр. : илустр. ; 25 см

Трудови на повеќе јазици. - Фусноти кон текстот. - Библиографија кон трудовите

ISBN 978-608-244-647-9

а) Општествени промени - Свет - Собири
COBISS.MK-ID 110919178

- All manuscripts were subject of double – blind peer - review process.
- No responsibility can be accepted by the publisher or compilers for the accuracy of the information presented. The expressed opinions are of the authors and does not necessarily coincide with the views of the Program Committee and the Organizational Committee of the conference.
- The UDK numbers for each of the manuscripts are contained in the electronic version of the proceedings, available on: <http://js.ugd.edu.mk/index.php/scgw>

Организациски комитет / Organizational Committee/ Организационный комитет конференции

Marija Ampovska PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University, Shtip, Republic of North Macedonia, marija.ampovska@ugd.edu.mk

Milica Sutova PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University, Shtip, Republic of North Macedonia, milica.sutova@ugd.edu.mk

Natasa Doneva LL.M, Faculty of Law, Goce Delcev University, Shtip, Republic of North Macedonia

Програмски комитет / Program Committee / Программный комитет конференции

Agim Nuhiu PhD, Faculty of Law, State University of Tetovo, Macedonia, agim.nuhiu@unite.edu.mk

Alenka Verbole PhD, currently- OSCE Mission in Tirana, University of Ljubljana, Slovenia, alenka.verbole@osce.org

Ana Nikodinovska Krstevska PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, ana.nikodinovska@ugd.edu.mk

Anastasia Bermúdez Torres PhD, Faculty of Law, Political Science and Criminology, University of Liege, Belgium, abermudez@ulg.ac.be

Andon Majhoshev PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, andon.majhosev@ugd.edu.mk

Borka Tushevska PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, borka.tusevska@ugd.edu.mk

Elena Ivanovna Nosreva PhD, Faculty of Law, Voronezh State University, Russia, elena@nosyreva.vrn.ru

Gabriela Belova PhD, Faculty of Law, University “Neofit Rilski”, Blagoevgrad, Bulgaria, gbelova@hotmail.com

Gemma Andreone PhD, Institute for International Legal Studies of the Italian National Research Council (ISGI - CNR), Italy, gemma.andreone@gmail.com

Ice Ilijevski, PhD, Faculty of security – Skopje, University St. Kliment Ohridski – Bitola, iiljevski@fb.uklo.edu.mk

Igor Kambovski PhD, Faculty of Law, Goce Delchev University in Shtip, Macedonia, igor.kambovski@ugd.edu.mk

Ivana Bajakić PhD, Department of Economic Sciences, Faculty of Law, Zagreb, Croatia, ivana.bajakic@pravo.hr

Jadranka Denkova PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, jadranka.denkova@ugd.edu.mk

James C. Helfrich PhD, Global Scholars, Liberty University, Colorado, USA, jchelfrich@aol.com

Jovan Ananiev PhD, Faculty of Law, University "Goce Delcev"- Shtip, Macedonia,
jovan.ananiev@ugd.edu.mk

Jovan Zafirovski, PhD, Faculty of Law, St Cyril and Methodius University in Skopje,
j.zafirovski@pf.ukim.edu.mk

Kristina Misheva PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia,
kristina.miseva@ugd.edu.mk

Kristine Whitnable PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip,
Macedonia, kristine.whitnable@ugd.edu.mk

Maciej Czerwinski PhD, Institute of Slavic Philology, Jagiellonian University,
Krakow, Poland, maciej.czerwinski@uj.edu.pl

Marija Ampovska, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip,
Macedonia, marija.ampovska@ugd.edu.mk

Marija Ignjatovic PhD, Faculty of Law, University of Nis, Serbia,
marija@prafak.prafak.ni.ac.rs

Migena Leskoviku Prof. Dr, University of Tirana, Albania,
migena.leskoviku@gmail.com

Natalia Vladimirovna Butusova PhD, Faculty of Law, Voronezh State University,
Russia, butusova@law.vsu.ru

Nikolai Baranov PhD, Baltic State Technical University Voenmeh, At. Petersburg
State University, St. Petersburg, Russia, nicbar@mail.ru

Nives Mazur Kumrić PhD, Faculty of Law, Political Science and Criminology,
University of Liège, Belgium, nives.mazurkumric@ulg.ac.be

Novak Krstić, PhD, Faculty of Law, University of Niš, novak@praf.ni.ac.rs

Olga Kosevaliska PhD, University "Goce Delcev"- Shtip, Faculty of Law,
Macedonia, olga.kosevaliska@ugd.edu.mk

Ruzica Simic Banovic, PhD, Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia,
ruzica.simic@pravo.hr

Silviu G. Totelecan PhD, Cluj-Napoca Branch of Romanian Academy, Socio-Human
Research Department of "G. Baritiu" History Institute, Romania,
silviu.totelecan@gmail.com

Slavejko Sasajkovski PhD, Institute for Sociological, Political and Legal Research,
University "St. Cyril and Methodius", Skopje, Macedonia,
bilbilef@isppi.ukim.edu.mk

Strahinja Miljkovića PhD, Faculty of Law, Mitrovica, strahinja.miljkovic@pr.ac.rs

Strashko Stojanovski PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip,
Macedonia, strasko.stojanovski@ugd.edu.mk

Suzana Dzamtoska Zdravkovska PhD, American University of Ras Al Khaimah, Ras
Al Khaimah, UAE, suzana.zdravkovska@aurak.ac.ae

Tamara Perisin, MJur (Oxon) PhD, Department of European Public Law - Jean
Monnet, University of Zagreb - Faculty of Law, Croatia,
tamara.perisin@pravo.hr

Tatyana Dronzina, Professor, Political Science Department, St. Kliment Ohridski University of Sofia, dronzina@gmail.com

Tunjica Petrašević PhD, Faculty of Law, University of Osijek, Croatia, tpetrase@pravos.hr

Viktoria Serzhanova, Professor, University of Rzeszow, Faculty of Law and Administration, viktorija@ur.edu.pl

Wouter Van Dooren PhD, Public Administration and Management, University of Antwerp, Belgium, wouter.vandooren@uantwerpen.be

Yuriy Nikolaevich Starilov PhD, Faculty of Law, Voronezh State University, Russia, juristar@vmail.ru

Zeynep Ece Unsal, PhD, Istanbul Gelisim University, Faculty of Economics Administrative and Social Sciences - Department of Political Science and International Relations, zeunsal@gelisim.edu.tr

TABLE OF CONTENT

LAW	9
Agnieszka Wojciechowska DEVELOPMENT OF EDUCATIONAL RIGHTS OF MIGRATING CHILDREN IN THE LIGHT OF FINANCIAL SOLIDARITY OF EUROPEAN UNION MEMBER STATES.....	11
Aleksandra Gruevska Drakulevski TRAFFIC DELIQUENCY IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA IN THE PERIOD 2010-2017: CRIMINOLOGICAL ASPECTS.....	23
Aleksandra Pavićević RIGHT OF RETENTION OF POSSESSION AS A REAL RIGHT OF ENSURING THE CLAIM IN SERBIAN AND COMPARATIVE LAW.....	53
Ana Radina THE CHANGES IN THE MATRIMONIAL PROPERTY REGIME IN CROATIA – THE UNFINISHED QUEST FOR IMPROVEMENT.....	65
Anđelija Tasić COMPARATOR AS THE ELEMENT OF DISCRIMINATION - IS THE THEORETICAL CONCEPT RECOGNIZED IN SERBIAN CASE LAW?.....	77
Angel Ristov ON THE NEED FOR REFORMS IN THE MACEDONIAN MARITAL PROPERTY REGIME.....	83
Angela Zubco OPPORTNITIES AND PERSPECTIVES ON THE APPLICATION OF MEDIATION IN THE ACTIVITY OF PUBLIC ADMINISTRATION.....	99
Anton Petričević MIGRATIONS AND THE RIGHT TO EMPLOYMENT OF FOREIGNERS IN THE REPUBLIC OF CROATIA.....	107
Biljana Činčurak Erceg INLAND WATERWAYS TRANSPORT IN THE EUROPEAN UNION - FLOWING OR STILL STANDING?.....	123
Biljana Todorova SOCIAL PROTECTION OF EMPLOYED WOMEN DURING PREGNANCY AND MATERNITY LEAVE.....	137

Darko Dimovski, Milica Stanković, Miomira Kostić STALKING – THE CHALLENGES OF NEW INCRIMINATION.....	153
Dimitar Apasiev THE ROLE AND SIGNIFICANCE OF THE STATE ATTORNEY'S OFFICE IN THE MACEDONIAN JUSTICE SYSTEM – II.....	161
Eduard Burda, Lívia Trellová, Lucia Smolková AMNESTY AND PARDON UNDER THE SLOVAK LAW AND THEIR UNIQUE STORY	175
Elena Maksimova, Dejan Marolov THE STANDARDS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS REGARDING THE PROHIBITION OF TORTURE, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT.....	187
Esin Kranli Bajram THE TESTAMENTI FACTIO ACTIVA ET PASSIVA IN ROMAN AND CONTEMPORARY LAW.....	207
Givi Abashidze PROSECUTOR'S DISCRETIONARY POWERS ON CARRYING OUT CRIMINAL PROSECUTION (Georgian Model of Discretionary Criminal Prosecution).....	225
Goran Jovanić, Vera Petrović LIFELONG SEGREGATION BY PRISON SENTENCE – PROS AND CONS.....	233
Goran Koevski, Borka Tusevska Gavrilovik, Darko Spasevski ESTABLISHING OF SPECIALIZED COMMERCIAL COURTS AS ALTERNATIVE FOR REDEFINING OF THE COURT SYSTEM OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA.....	247
Gordana Damjanović, Danijela Petrović COMPENSATION FOR DAMAGES TO COPYRIGHT INFRINGEMENT.....	263
Ilia A. Vasilyev UEFA FINANCIAL FAIR PLAY AS COMPLIANCE WITH THE OBJECTIVES OF FOOTBALL CLUBS' FINANCIAL STABILITY AND THE INTEGRITY OF THE COMPETITION	273
Ivana Šumanovska-Spasovska ENFORCEMENT OF ADMINISTRATIVE VERDICTS - NOVELTIES AND CHALLENGES –.....	283
Ivanka Vasilevska CREATING NATIONAL GERMANY: HISTORY, POLITICS AND LAW.....	299

Ivica Josifovic

THE EUROPEAN ARREST WARRANT AND THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE FAMOUS JUDGMENT IN ARANYOSI AND CALDARARU CASE....311

Jadranka Denkova, Jovan Ananiev, Strasko Stojanovski

RESPONSIBILITY OF ADMINISTRATION BASIC PRINCIPLE IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE.....323

Jasmina Cvetanoska

AGGRESSIVE TAX PLANNING - A CHALLENGE FOR IMPROVING TAX LEGISLATION.....337

Jasmina Dimitrieva

PROTECTING THE RIGHT TO HEALTH OF PRISON POPULATION.....351

Jelena Stojšić Dabetić, Predrag Mirković

SCOPE AND QUALITY OF LEGAL PROTECTION AFFORDED TO COMPUTER PROGRAMS AS OBJECT OF INTELLECTUAL PROPERTY.....365

Katarina Momirović

AGENT PROVOCATEUR - INTERNATIONAL STANDARDS AND NATIONAL REGULATION.....375

Kristine Neimane

REPLACEMENT OF THE INELIGIBLE RESPONDENT - THE PROCEDURAL TOOL FOR EFFICIENCY AND JUSTICE OF THE CIVIL LITIGATION (comparative analyze of civil procedure regulation in the Baltic states and Russian federation)383

Natalia Butusova

CONSTITUTION AS A VALUE AND CONSTITUTIONAL VALUES (ON THE EXAMPLE OF RUSSIA.....397

Natalia Simonova

LAW REGULATIONS IN THE SPHERE OF USING GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS417

Nazmi Malici, Zorica Siljanovska

CORPORATE GOVERNANCE IN THE BRICS COUNTRIES – A CHALLENGE FOR THE GLOBAL ECONOMY427

Olga Koshevalska, Lazar Nanev, Elena Maksimova

COMPARATIVE REFERENCE TO THE WOMEN'S PENITENTIAL CONDITIONS - CLOSED IN THE COUNTRIES OF THE FORMER YUGOSLAVIA.....441

Robert Grzeszczak	
MAKING SURE EUROPEAN LAWS ARE FIT FOR PURPOSE – THE BETTER REGULATION PRINCIPLES IN THE EUROPEAN UNION.....	465
Rodna Živkowska, Tina Pržeska, Milica Šutova	
DERIVATIVE ACQUISITION OF REAL RIGHTS IN MACEDONIAN CONTEMPORARY LAW.....	475
Saša Atanasov, Mirjana Đukić, Božidar Otašević	
WITNESS PROTECTION PROGRAMS FOR JUSTICE COLLABORATORS – COMPARATIVE OVERVIEW (POSITIVE LEGAL SOLUTIONS IN THE REPUBLIC OF SERBIA, THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA, USA, ENGLAND AND ITALY).....	493
Saša Knežević, Ivan Ilic	
LIMITATION OF THE RIGHT TO PRIVACY BY SECRET OBSERVATION OF THE SUSPECT'S COMMUNICATION	509
Stanka Stjepanovic	
FROM OBSHCHINA TO PARTNERSHIP.....	525
Suzana Nashkova	
CRIMINAL LAW PROTECTION OF TRADE SECRETS: AN ANALYSIS OF THE SOLUTIONS CONTAINED WITHIN THE UNITED STATES LEGISLATION.....	535
Tatiana Mikoni	
ALLOCATION OF LOSSES CAUSED BY UNAUTHORIZED PAYMENTS BETWEEN BANK AND CLIENT.....	551
Tatiana Safronova	
AGREEMENT ON NEGOTIATING AS NEW INSTITUTE OF THE RUSSIAN CIVIL LAW.....	563
Valdis Blūzma	
LEGAL REGULATION OF THE ABOLITION OF SERFDOM IN BALTIC GOVERNORATES OF THE RUSSIAN EMPIRE IN EARLY 19TH CENTURY: HISTORICAL BACKGROUND, REALISATION, SPECIFIC FEATURES AND EFFECT.....	575
Vanda Božić	
CRITICAL REVIEW OF THE INCRIMINATION OF CRIMINAL ACTS AGAINST HONOR AND REPUTATION IN THE CROATIAN CRIMINAL LAW.....	589
Viktorija Serzhanova	
REFLECTIONS OVER THE PHENOMENON OF STATE POWER.....	601

Zaneta Poposka	
REASONABLE ACCOMMODATION FOR PERSONS WITH DISABILITIES	611
POLITICS	625
Ana Nikodinovska Krstevska, Strasko Stojanovski	
INTERNATIONAL ASPECTS AND IDENTITY ISSUES OF THE PRINCIPLE OF SELFDETERMINATION OF PEOPLE THROUGH THE PRISM OF THE PRESPA AGREEMENT.....	627
Biljana Karovska-Andonovska	
HUMANITARIAN INTERVENTION AND HUMAN RIGHTS PROTECTION: LEGAL AND ETHICAL DILEMMAS.....	645
Dance Galeva	
COMPARATIVE ANALYSIS OF LEGAL REGULATION AND POLICIES FOR BUILDING OF NATIONAL IDENTITY AND FOR PROMOTION OF MULTICULTURALISM IN THE SINGAPOREAN AND MACEDONIAN SOCIETY ...	657
Christina Kobeleva Alekseevna	
DYNAMICS OF POLITICAL TRUST IN CONTEMPORARY RUSSIAN SOCIETY	673
Ilija Životić, Daniela Trajkovska	
MIGRATION, HUMAN RIGHTS, POLITICAL AND SECURITY RISKS FOR SMALL STATES.....	683
Marin Beroš, Marta Božina Beroš	
EMU'S GOVERNANCE POST-CRISIS: WHAT ROLE FOR INTERGOVERNMENTALISM?.....	693
Michaela Moravčíková	
RELIGION IN ECONOMIC AND LEGAL RELATIONS - THIRTY YEARS SINCE THE FALL OF COMMUNISM	703
Nikola Ambarkov	
FACTORS THAT INFLUENCE THE USE OF THE PRESIDENTIAL VETO – THE MACEDONIAN CASE.....	719
Nikolai Baranov	
POLITICIZATION OF THE CHURCH AND STATE RELATIONS IN THE MODERN WORLD: A ROLE OF ROC IN POLITICAL LIFE OF RUSSIA.....	737

Olga Popova	
IDENTITY POLICY MODELS AND TECHNOLOGIES IN “NEW” STATES.....	757
Tamara Zametina	
STRATEGY OF THE STATE NATIONAL POLICY OF RUSSIA: PROBLEMS AND CONCEPTUAL DIRECTIONS OF PERFECTION.....	773
Tatiana Senyushkina	
THE POLITICS OF MEMORY AND THE CONFLICT OF GENERATIONS.....	791
Toni Gorgiev, Goce Stoilovski	
THROUGH THE SITUATION OF REFUGEES AND MIGRANTS TO STRENGTHEN CAPACITY IN TRANSIT COUNTRIES.....	801
SOCIETY.....	813
Angelka Kesnikova, Makedonka Radulovik, Irena Bundalevska Avirovik, Ivana Dragovik	
SUPPORT OF FAMILIES WITH A CHILD WITH DISABILITIES IN DEVELOPMENT.....	815
Consuelo Diodati	
GLOBALIZATION AND A NEW EXPRESSION OF AUTHORITARIAN PERSONALITY: BULLYING AMONG YOUTHS.....	827
Dragan Stefanovski	
THE CHALLENGES OF THE MODERN CITY IN THE ERA OF MAJOR MIGRATION PROCESSES.....	839
Dragana Ćorić	
WOULD SOCRATES BE SENTENCED TO DEATH PENALTY TODAY?.....	855
Dragana Lazarevska	
COMPARATIVE ANALYSIS OF CONSEQUENCES AND CHANGES IN THE SYSTEMS OF DIVORCE IN THE WORLD AND REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA.....	861
Katerina Shapkova Kocevska	
DIFFERENT METHODOLOGICAL APPROACHES REGARDING MEASUREMENT OF RULE OF LAW.....	883

Makedonka Radulovik, Irena Bundalevska Avirovik, Angelka Kesnikova UNITED NATIONS CONTRIBUTION TO FAMILIES (FOCUS ON FAMILY INTERNATIONAL DAY).....	901
Natalia N. Muraveva AIRPORT, AS A PLACE OF CONCENTRATION OF AIR TRANSPORT SERVICES...	913
Slavejko Sasajkovski THE INFLUENCE OF EDUCATION AND HEALTH CARE ON ECONOMIC GROWTH AND SOCIAL DEVELOPMENT – SEVERAL TEORETICAL-SOCIOLOGICAL EXPLICATIONS.....	921
Zoran Jovanovski, Elena Ivanova GLOBALIZATION – CHALLENGE OR THREAT FOR THE CULTURAL IDENTITY.....	931
MEDIA AND COMMUNICATIONS	939
Andon Majhoshev, Suzana Dzamtoska-Zdravkovska REGULATION FOR MEDIA COVERAGE OF ELECTION CAMPAIGNS.....	941
Eleonora Serafimovska, Marijana Markovikj DISCOURSE OF EMOTIONS IN THE COLUMNS IN THE INTERNET MEDIA IN THE PERIOD BEFORE THE REFERENDUM ON CHANGING THE CONSTITUTIONAL NAME OF REPUBLIC OF MACEDONIA.....	955
Iskra Koroveshovska THE INFLUENCE OF THE NETWORK SOCIETY OVER JOURNALISM INTEGRITY.....	977
Kiril Barbareev, Goranka Markovic, Nikolina Atanasova MEDIA CONTENT AS AN EDUCATIONAL RESOURCE.....	991
Marija Drakulovska Cukalevska, Anica Dragovic THE IMAGE OF SOCIAL EXCLUSION IN MACEDONIAN MEDIA.....	1001
Mohammed El Dessouky, Hassan Mustafa THE ROLE OF THE STRICT CIVIL LIABILITY IN CONSUMER PROTECTION AND THE NEED FOR ITS APPLICATION IN THE ADVERTISING FIELD.....	1009

LAW

DEVELOPMENT OF EDUCATIONAL RIGHTS OF MIGRATING CHILDREN IN THE LIGHT OF FINANCIAL SOLIDARITY OF EUROPEAN UNION MEMBER STATES

Agnieszka Wojciechowska

PhD Student

Faculty of Law, University of Warsaw, Poland

bemowo@malezuchy.pl

Abstract

The right of residence of children during education doesn't depend on keeping the status of worker by the parent, what is necessary in all other cases. This right doesn't depend on economic independence neither, although that is a general rule. Children have the right to education and also the right to be cared of by their parents or other relatives. It gives the right of residence to the adult which is also independent of the requirement of financial self-sufficiency. It also means a social assistance to be provided by the host country which is not limited by the criteria of unreasonable burden on the social assistance system of that country. The use of these rights may take many years (by the child to complete the education and by the adult until the child reaches the age of majority). What is more, after 5 years of legal residence it is possible to obtain a permanent residence permit or at least long-term resident status. The rights of workers' children have developed widely. Financial solidarity of European Union Member States has become a challenge then. However, children of self-employed persons are not in the same position as those being descendants of workers. Self-employed persons have been paying social security contributions and other applicable taxes during their economic activity. Thus they earned for their social assistance when needed. However their children during education are not privileged as much as children of EU workers.

Keywords: *the right of permanent residence of children and their parents, education in the host country, access to the general education system, the requirement of financial self-sufficiency during education of children, financial solidarity*

Introduction

Directive 2004/38 / EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the European Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States has defined rights related to the stay of Union citizens in another Member State. It applied, among others, the requirement of holding sufficient resources for maintenance during their stay in the host country if they are economically inactive. However, art. 10 of Regulation (EU) No 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 November 2011 on the free movement of workers within the Union grants the right of residence to children during education regardless of the need to be financially independent. The text presents the relation of these two provisions in the light

of the right to access to education of children. Financial solidarity of the Member States in the context of access to education of children was also recalled. It also pointed out the possibility of obtaining a permanent residence permit by children and their parents after 5 years of legal stay due to education of children in the EU host country. The differences in shaping the rights of children of employees and children of self-employed persons were also indicated.

Legal basis for children's stay during education in the host country

Based on article 10 of Regulation No. 492/2011 of 05/04/2011 children of citizens of European Union Member States - who work now or have worked in the past in the European Union - have access to general education system under the same conditions as nationals of the host country. However, these children must live on the territory of the host country. In addition, Member States are to support initiatives allowing these children to participate in educational activities in the best possible conditions. "The best possible conditions", being not a clear concept, had to be clarified by the case law of the Court of Justice of the European Union. This case-law established the best possible conditions for the education of children even before the entry into force of Regulation No. 492/2011, based on previously valid article 12 of Council Regulation No. 1612/68 of October 15, 1968 on the free movement of workers within the Community . The article mentioned was giving identical rights to migrant workers as current article 10 of Regulation No. 492/2011. However, the rights related to the stay of Union citizens in another Member State are subsequently set out in Directive 2004/38 / EC.

It was apparent from the wording of the Directive that migrant Union citizens who are not employed must meet the requirement of sufficient resources to support themselves and their family members. This requirement was intended as a safeguard against the burden on the welfare systems of host countries. Migrant citizens of the Union therefore had to be covered by full health insurance. The Directive partially repealed that Regulation No 1612/68, but left unchanged art. 12. The relation between the two provisions became the subject of two judgments delivered on 23/02/2010 in the Teixeira case and in the Ibrahim case.

Relation of regulations on the right of residence for studying children of EU migrant workers

Before that in the Baumbast case the Court of Justice specified that children of a European Union citizen who have settled in a Member State, while their parent had a right of residence as a migrant worker in that State, are allowed to reside there in order to take a part in education process within the general education system (in accordance with Article 12 of Regulation 1612/68). For the interpretation given it doesn't matter the situations in which, for example, spouses divorced in the meantime or only one of the parents is a Union citizen or the parent is no longer an employee in the host Member State. It does not matter either if the child is not a citizen of the European Union. This judgment meant that children have an individual right to education in the host country and the related right of residence. These rights are independent of maintaining the status of a migrant worker by their parent. However, it should be emphasized that in the Baumbast case, both families had sufficient funds for their existence and did not benefit from social assistance in the host country. Therefore, the national courts recognized that the basis for the Baumbast case was the fact of economic independence. Therefore, they refused to apply the sentence in cases of persons who applied for social assistance.

In the Teixeira case, the subject of the dispute was refusal to grant housing assistance due to the lack of a right of residence resulting from the status of a migrant worker. An additional reason was the lack of sufficient funds for maintenance. Court of Justice considered art. 12 of Regulation No. 1612/68 in terms of independent basis for the child's right of residence. Perhaps it would be more legitimate to say that art. 12 of Regulation No. 1612/68 contains only the right to continue education, while the right of residence must be derived from Directive 2004/38 / EC. However, in the opinion of Advocate General Kokott, art. 12 of Regulation No 1612/68 does not give children the right to first provide residence in the host Member State, since they can use their right of access to education only if they already reside in its territory. The right of access to education finds its source in the circumstances in which a child has followed a father or mother to a host Member State in connection with their status as migrant workers. However, if the child has already resided in or was born in the host country, his legal status becomes independent.

Thus, the right of access to education doesn't depend then on the fact whether his parent will keep the status of a migrant worker. Such a right is also provided to a child whose parent has only been employed in the host country in the past. This means that the use of the right of access to education cannot depend on the child's preservation of a special right of residence under art. 10 paragraph 1 lit. a of Regulation No. 1612/68 for the period of its education. Therefore, it cannot depend on having a right to live with a parent who is a migrant worker. Otherwise, the right of access to education would be largely ineffective, in particular with regard to the children of former migrant workers. These workers often leave the host country after leaving employment, and consequently it is impossible to live in a shared household with a child. In this context, making the use of the right of access to education dependent on the existence of a separate right of residence for the child under other provisions would be contrary to the spirit and purpose of art. 12 of Regulation No 1612/68. This article grants an independent right of residence to the child during education. This right has not been changed by Directive 2004/38 / EC, as it lacks a wide-ranging right of residence for study purposes. This is proof that also after the entry into force of this directive there is still room for the application of art. 12 of Regulation No. 1612/68 as the legal basis for the right of residence.

The Court of Justice reminded that access to education depends only on the earlier settlement of a child in the host Member State. He stated that in relation to the right of access to education, the child has an independent right of residence. Therefore, the execution of this right has not been made conditional upon the child's retention during the entire period of study of a special right of residence under article 10 paragraph 1 lit. a of the regulation mentioned, when this provision was still in force. In the event of the acquisition of the right to education on the basis of art. 12 of Regulation No 1612/68, for the purpose of settling in the territory of a Member State in which one of its parents is or has been employed, the child is permanently entitled to a right of residence. This right cannot subsequently be challenged in the event of non-fulfillment of the grounds listed in art. 10 of Regulation No 1612/68. The right of children to equal treatment in access to education does not depend on the circumstances in which their father or mother retains the status of a migrant worker in the host Member State. Article 12 of Regulation No 1612/68 also applies to children of former migrant workers.

According to previous case-law, this provision only requires that the child lives with his parents or one of them in a Member State if at least one of his parents has resided there as a migrant worker. Such an interpretation of art. 12 of Regulation No 1612/68 was not challenged by the entry into force of Directive 2004/38 / EC. The Court stressed the fact that, unlike

Article 10 and 11, art. 12 of Regulation No 1612/68 has not been repealed or even amended by Directive 2004/38. The EU legislature did not therefore intend to introduce a restriction on the scope of application of art. 12, the use of which has been extensively interpreted in the case-law of the Court of Justice. Another interpretation of the directive would lead to a situation in which art. 12 of Regulation 1612/68 would be a dead provision. Article 24 paragraph 1 of Directive 2004/38 / EC provides that all EU citizens residing on the territory of a host Member State are treated on an equal footing with nationals of that State to the extent established in the TEC, including access to education. The Court also referred to the recitals of Directive 2004/38 / EC, according to which its purpose is, in particular, to simplify and strengthen the right to free movement and residence of all Union citizens. However, the dependence of the application of Article 12 of Regulation No 1612/68, on the basis of the requirements imposed by Directive 2004/38 / EC, would result in a restriction of the right to education after the entry into force of this directive. This is unacceptable. In this context, the Court has ruled that a national of a Member State who has been employed in the territory of another Member State where his child is still in education may rely, in the main proceedings (as the parent who actually seeks to protect that child) of the right of residence in that State on the basis of Article 12 of Regulation No 1612/68. There is no need to meet the conditions set out in Article 7 of Directive 2004/38 / EC.

The requirement of holding economic independence or financial solidarity of Member States in terms of children's education?

The condition of economic independence, according to Advocate General Kokott, does not result either from the wording of art. 12 of Regulation No. 1612/68, which cannot be interpreted narrowly or from previous case-law. The EU legislature assumed that family members of a migrant worker living with him in the host Member State, as a rule, have sufficient resources. This is due to the fact that they are either self-employed in this country or are being paid by the employee. The lack of the requirement of economic independence in Regulation No 1612/68 is a significant difference between this regulation and later Directive 2004/38 / EC. In the directive, the freedom of movement and the right of residence of Union citizens who do not carry out a professional activity is subject to the explicit reservation of having sufficient resources and full health insurance. Kokott noted that such a wide interpretation of art. 12 of Regulation No 1612/68 may result in the fact that persons such as M. Teixeira and her daughter, who are not themselves economically independent, will benefit from social assistance in the host Member State. However, in normal circumstances, this cannot result in any unreasonable burden on national budgets and social assistance systems. As part of current or past gainful employment as a migrant worker, the father or mother of a child who has been studying has already contributed to the financing of the public budget and the social welfare system. Then they were paying taxes and social security contributions.

In addition, there is a certain level of financial solidarity between the host Member State and the citizens of other Member States in the free movement of persons, including persons who do not work during a certain period of time. While the Member States clearly retain the right to prevent abuse, the fact of abuse must be objectively checked on the basis of an overall assessment of all the circumstances of the individual case. The claim of abuse cannot therefore be derived from the fact of invoking the rights conferred by Article 12 of Regulation No 1612/68. In the Teixeira case no abuse was found because the mother had been in the United Kingdom continuously for 18 years, and her daughter was born there and had all her education.

Therefore, their situation has been characterized by a relatively high level of integration in the environment of the host Member State, which was the justification for financial solidarity.

It is worth mentioning here that Philippe Van Parijs defined solidarity in the European context as a concept that finds its place between charitable activity and an insurance policy. In theory, the charitable activity is not motivated by any particular economic interest. Financial support results from a deep understanding of the situation of the individual in need or the desire to improve their image. However, it does not bring any direct financial benefits. The insurance policy is the exact calculation of the risk of incurring a given damage. It is also not its purpose to support others who have bought policies in the same insurance company. Solidarity in the European Union is neither one nor the other, but, according to van Parijs, it is situated between these forms. The closest it is to collective insurance schemes, such as unemployment, where there is no relationship between expenditures and payments. Payment is made to the joint cash register on the assumption that it is possible that we will never obtain funds from it. However, it is known that the one who loses his job and gets money would finance an allowance for others who would find themselves in a similar situation.

In the mentioned Baumbast case, the Court adopted an interpretation according to which it is not required to have sufficient means of subsistence, which was confirmed by Directive 2004/38 / EC itself. Article 12 paragraph 3 of the Directive provides that the departure of an EU citizen from the host Member State or his death shall not result in the loss of his or her right to stay by his children or the parent who effectively take care of them. Nationality is not relevant in this case if the children reside in the host Member State and are enrolled in an educational institution. The Court's answer to the question referred in this case was therefore that the right of residence of a parent actually caring for a child in the host Member State is not dependent on sufficient financial resources. If the child benefits from the right to receive education in accordance with art. 12 of Regulation No. 1612/68, it does not have to be fully covered by health insurance in that country like in other cases. In addition, the scope of application of art. 12 of Regulation No 1612/68 is not limited to cases in which the parent of the child during education had the status of a migrant worker at the time of admission. It gives the child and his guardians the right to stay in order to continue education whenever the child has lived in the host Member State since the parent's right of residence as a migrant worker. Even sporadic work makes sufficient criteria for the application of EU law. This allows the child to continue learning in the host Member State and, as a consequence, forms the basis of the right of residence for his or her actual guardian.

In the case of Ibrahim, in which the cause of the dispute was refusal to grant a housing allowance to a non-working woman with four children, Advocate General Mazák said that children have a right of residence resulting directly from Article. 12 of Regulation 1612/68 to ensure the practical effectiveness of the right to education in the host Member State. The precondition for the creation of this right is the settlement of the children of the employee or former employee at the time when he used the right of residence of the migrant worker. Therefore, Directive 2004/38 / EC is not the sole basis for the right of residence of Union citizens and their family members in the territory of the Member States. No repeal of art. 12 of Regulation 1612/68 indicated that the EU legislator clearly wanted to maintain the right of access to education and its continuation in the case of children of employees as well as former employees. If the children of a Union citizen - a former migrant worker - were effectively prevented from continuing education in the host Member State due to the lack of attendance at school for a certain period of time, this could dissuade the citizen from using the right

established in art. 45 TFEU freedom of movement. It would therefore be an obstacle to the effective exercise of this freedom. The mother - being the main guardian of children - is (regardless of her nationality) entitled to stay with the children in order to facilitate the use of their right to education. Economic independence is not justified by EU legislation or the Court's case law. In the judgment in *Echternach and Moritz*, the Court decided that on the basis of 12 of Regulation 1612/68, the child must be able to benefit from scholarships to enable him to integrate into the society of the host country. Thus, a fortiori, this requirement also exists for students who have arrived in the host country before they reach school age. Therefore, for the rights arising from art. 12 of Regulation No 1612/68, it is irrelevant that a parent who was a Union citizen ceased to be a migrant worker and then left that country. It is also irrelevant that children and their main guardian benefit from social assistance from the host Member State. Finally, the length of children's education in the general education system of the host Member State is also irrelevant. By analogy with the *Teixeira* judgment, the Court of Justice ruled that the children of a national of a Member State who works or worked in the host Member State and the parent who exercises effective care can rely on the right of residence in that State only on the basis of Article 12 of Regulation No 1612/68. This right is not dependent on their having sufficient means of subsistence and full health insurance in that country. It is also interesting that the Court referred in both judgments to the right of residence of children of migrant workers seeking to take up or continue education in a Member State, although Article 10 of Regulation No. 492/2011 only refers to children already enrolled in an education institution. It seems doubtful, however, that the Court will, therefore, extend the scope of this article to children who have not yet reached school age. It was rather the result of the thesis that children do not have to start education while their parent was an employee. The only condition is that they settle in the host country during this period.

The possibility of acquiring permanent residence permit as a result of living during education of children in the host country for a period of 5 years

The Court of Justice did not address the issue the possibility of acquiring the right of permanent residence by the child during education and a parent taking care of the child. There are doubts whether in the case of a right of residence based on art. 10 Regulation No. 492/2011, and not Directive 2004/38 / EC, they can get a permanent residence permit after 5 years of residence in the host country. This status allows to continue temporarily unlimited stay in the host country without having to meet conditions regarding activity economic or having sufficient resources and full health insurance. A person with permanent residence rights can be expelled only for serious reasons of public order and public safety. Before making a decision on that, the host country takes into account the length a person's stay in its territory, its age, state of health, family and economic situation, as well as the current level social and cultural integration and its bond with the country origin. In addition, when the expulsion decision applies an EU citizen who resided in the host country for the previous 10 years or if he is a child, this decision must be justified by overriding security reasons defined by the Member State. If the period of stay based on art. 10 of Regulation No. 492/2011 count to the required 5-year period; it would mean lifelong right of residence for a large group of people - without meeting condition of economic independence and full access to social benefits. Children's education usually takes many years, so most of the learners and their parents will meet the requirement of a 5-year stay. On the other hand, children are those whose education

takes usually the most of their previous lives what makes the reason to keep them in the host country after that.

Children of self-employed people

The questions referred for a preliminary ruling on the possibility of extending the theses from the decisions of Teixeira and Ibrahim to children of persons conducting business activity have been sent to the Court of Justice by the courts of the United Kingdom. In the combined cases of Czop and Punakova, the basis was the refusal to grant a social allowance to mothers of children, the oldest of which in both cases started education in the host country in the system of general education during the period when the mother pursues business activities on its own account. The refusal to grant the supplement was justified by the national court for the recognition of both mothers as "foreign". The Tribunal, because of facts, deduced that it is not appropriate to recognize both mothers as unauthorized to receive a social allowance for the aforementioned reason. However, this judgment did not equal the rights of children of hired workers with the rights of children of self-employed persons. In those cases, the Court held that Article 12 of Regulation No 1612/68 gives the right to reside in the territory of the receiving State to the person who effectively looks after the child during education. However, the child must be a child of a migrant worker or former migrant worker. On the other hand, this article does not confer such a right on a person who has actual custody of a child who is self-employed.

In the Punakova case, the right of residence of the mother of a child running a self-employed activity at the time when her oldest child took up education was derived from the fact that the father of the child was at that time employed as an employed person. In the case of the Chop is refused to recognize the right of residence to the mother, who ran a business at the time when her eldest child took up education. However, it was considered that she had the right to stay on the basis of art. 16 sec. 1 of Directive 2004/38. According to the Court, a citizen of the Union who is a national of a Member State that has recently acceded to the Union may, on the basis of that provision, rely on the right of permanent residence. The condition is to reside in the host Member State for a continuous period of five years, part of which took place before the accession of that first State to the Union. This residence must also be consistent with the conditions provided in art. 7 paragraph 1 of Directive 2004/38. Therefore, the children's mothers were not denied the right to social benefits based on the right of residence enjoyed by Union citizens. However, the position of a parent of children during education who is or was an employee migrating to the situation of a parent - an employee running a self-employed business - is not equal. There is no valid reason why the employees' children would be guaranteed a wide range of education-related rights, and children of self-employed persons would be deprived of this. As Advocate General Geelhoed rightly observed in the Baumbast opinion when making decisions, whether to take up employment abroad, the confidence in the education of children plays an important role. Difficulties affecting the stay of family members may stop from taking up economic activity in another Member State. The right of residence of children during education is independent of the status of a migrant worker by his or her parent and independent of the fulfillment of the economic independence criteria. Children have the right to care for their parents or other adults, which results in the derived right of residence of their guardians, also independent of the requirement of financial self-sufficiency. It also means the possibility of using social assistance from the host country, which is not limited to the level of unreasonable burden on the finances of that country. The use of these rights may

take many years (by the child to complete his or her education and the guardian at least until the child reaches the age of majority), and after 5 years, it is possible to obtain a permanent residence permit or at least long-term resident status. Obtaining such a status secures the interests of the child and his guardian in the host country even for the rest of his life. Such a wide range of rights puts children of migrant workers in a privileged position. The Tribunal did not state in the case of Czap and Punakova that art. 49 TFEU guaranteed the same rights for children of self-employed persons. Although, according to the Kokott's reasoning in the Teixeira case, self-employed persons also paid social security contributions and applicable taxes. Is the lack of privilege for children who are not children of migrant workers justified? It is not. In particular, considering the fact that (in the light of Ibrahim's ruling) the so-called protective period does not apply, there is no requirement to work for some time before the rights from art. 10 of the Regulation. It is enough to do it for only a few months.

Conclusion

1. The right of residence of children during education doesn't depend on keeping the status of worker by the parent. It is enough that the parent worked in this country in the past and for a very short time so that there was a connection with the EU law which was based on the migrant worker's status.
2. This right doesn't depend on economic independence neither. When the parent moved to work in the host country, being employed, was able to make for a living and maintain the family.
3. Children have the right to education and also the right to be cared of by their parents or other relatives. It gives the right of residence to the adult which is also independent of the requirement of financial self-sufficiency. On top of everything, a child during education must be able to execute this right.
4. It also means a social assistance to be provided by the host country which is not limited by the criteria of unreasonable burden on the social assistance system of that country. The use of these rights may take many years (by the child to complete the education and by the adult until the child reaches the age of majority). What is more, after 5 years of legal residence it is possible to obtain a permanent residence permit or at least long-term resident status.
5. In addition, there is a certain level of financial solidarity between the host Member State and the citizens of other Member States in the free movement of persons, including persons who do not work during a certain period of time. While the Member States clearly retain the right to prevent abuse, the fact of abuse must be objectively checked because of an overall assessment of all the circumstances of the individual case.
6. Children of self-employed persons are not in the same position as those being descendants of workers. Self-employed persons have been paying social security contributions and other applicable taxes during their economic activity. Thus they earned for their social assistance when needed. However, their children during education are not privileged as much as children of EU workers who are protected from the first day of their worker's status.

REFERENCE

- A. Frąckowiak-Adamska, Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej, Warszawa 2009, p. 136-137.
- A. Iliopoulou, H. Toner, A new approach to discrimination against free movers? D’Hoop v Office National de l’Emploi, European Law Review nr 28/2003, p. 392-396
- A. P. van der Mei, Union Citizenship and the Legality of Durational Residence Requirements for Entitlement to Student Financial Aid, Maastricht Journal of European and Comparative Law, nr 4/2009, p. 477-496.
- A. P. Van der Mei., Free Movement of Students and the Protection of National Educational Interests: Reflections on Bressol and Chaverot, European Journal of Migration and Law 13/2011, p. 364;
- A. Wiesbrock Disentangling the ‘Union Citizenship Puzzle’? The McCarthy Case, European Law Review nr 36/2011, p. 861-873.
- A.G. Toth, The Oxford Encyclopedia of European Community Law, vol. 2. The Law of the Internal Market, Oxford 2006, p. 402–403; European Fundamental Rights and Freedoms, ed. D. Ehlers, Berlin 2007, p. 542.
- C. Barnard, The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms, Oxford 2013, p. 434.
- C. O’Brien, Real links, abstract rights and false alarms: the relationship between the ECJ’s “real link” case law and national solidarity, European Law Review nr 33/2008, p. 648, 650- 656.
- C. Semmelmann, Die Grenzen der Unionsbürgerschaft im Urteil Förster, Europarecht nr 5/2009, p. 686.
- Case 147/11, Secretary of State for Work and Pensions v Łucja Czop and Margita Punakova, ECLI:EU:C:2012:538.
- Case 413/99, Baumbast and R. v Secretary of State for the Home Department, EU:C:2002:493.
- Case C-480/08 Maria Teixeira v London Borough of Lambeth and Secretary of State for the Home Department, EU:C:2010:83.
- Case-310/08, London Borough of Harrow v Nimco Hassan Ibrahim and Secretary of State for the Home Department, EU:C:2010:80.
- Cases 389/87 and 390/87, G.B.C. Echternach and A. Moritz v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen, EU:C:1989:130.
- D. Düsterhaus, Bidar und BAföG: Nachlese zum Urteil EuGH, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht nr 11/2005, p. 325.
- D. Kochenov, Rounding up the Circle: The Mutation of Member States’ Nationalities under Pressure from EU Citizenship, EUI Working Paper RSCAS 2010, nr 23, p. 22, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13634/RSCAS_2010_23.corr.pdf?sequence=3, access 18.07.2019.
- D. Kostakopoulou, European Union citizenship: writing the future, European Law Journal nr 13/2007, p. 636, 641.
- D. Martin, Comments on Mazzoleni (ex parte Guillaume) (Case C-165/98 of March 2001), Leclere (Case C-43/99 of 31 May 2001) and Grzelczyk (Case C-184/99 of 20 September 2001), European Journal of Migration and Law nr 4/2002, p. 139;
- DIRECTIVE 2004/38/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move

- and reside freely within the territory of the Member States, 30.4.2004, Official Journal of the European Union, L 158/77.
- É. Balibar, *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*, Paris 2001, p. 190-191.
- E. Guild, *Citizenship and fundamental rights*, (in:) J-Y. Carlier, E. Guild (red.), *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruksela 2006, p. 51-52;
- E. Guild., *The Legal Elements of European Identity: EU Citizenship and Migration Law*, Haga 2004, p. 65-66;
- E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union. Barriers to movement in their constitutional context*, Alphen aan den Rijn, 2007, s. 118-119.
- Editorial Comments: *Two-speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?*, „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 5, p. 9.
- F. Wollenschläger, *Grundfreiheit ohne Markt. Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime*, Tübingen 2007, p.279.
- G. Gori, *Towards an EU Right to Education*, Haga 2001, p. 220.
- J. Barcz, *Główne kierunki reformy ustrojowej post-lizbońskiej Unii Europejskiej (2010–2015). Sanacja i konsolidacja strefy euro*, Piaseczno 2016, www.janbarcz.republika.pl.
- J. F. Lindner, *Interpretation des EG-Primärrechts nach Maßgabe des EG-Sekundärrechts? - Zur Europarechtskonformität von § 8 I Nr. 2 BAföG*, *Neue Juristische Wochenschrift* nr15/2009, p. 1047-1049;
- J. Ryszka, *Prawa społeczne pracowników a prawa pracodawców-przedsiębiorców na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, p. 5.
- J.-C. Juncker, *Nowy początek dla Europy: Mój program na rzecz zatrudnienia, wzrostu, sprawiedliwości oraz zmian demokratycznych. Wytoczne polityczne na następną kadencję Komisji Europejskiej. Przemówienie inauguracyjne wygłoszone podczas sesji plenarnej Parlamentu Europejskiego*, Strasburg, 15.7.2014 r., https://ec.europa.eu/commission/publications/president-junckers-political-guidelines_pl (access: 18.7.2019 r.), p. 3.
- K. von Papp, *EuGH zieht Notbremse zum Schutze der sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten bei Unterhaltsstipendien für Studenten*, nr 2/2009, p. 87-88;
- L. Ackers, H. Stalford, *A community for children?: children, citizenship, and internal migration in the EU*, Aldershot 2004, p. 91-92, 206-207.
- M. Gniadzik, *Ewolucja statusu obywateli Unii wobec państwa przyjmującego i państwa pochodzenia w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, s. XXXI.
- M. Hedemann-Robinson, *Third-Country Nationals, European Union Citizenship, and Free Movement of Persons: a Time for Bridges rather than Divisions*, *YEL* 1996, tom 16, p. 323.
- M. Jesse, *The Value of 'Integration' in European Law – The Implications of the Förster Case on Legal Assessment of Integration Conditions for Third-Country Nationals*, *European Law Journal* nr 17/2011, p.174-175.
- M. Niedźwiedź, *Prawo wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich będących członkami rodziny korzystającego ze swobody przemieszczania się obywatela Unii Europejskiej w świetle najnowszego orzecznictwa oraz najnowszych rozwiązań legislacyjnych*, [w:] S. Biernat, S. Dudzik (red.), *Przeptyw osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej: Nowe zjawiska i tendencje*, Warszawa 2009, p. 87.

- N. N. Shuibhne, Three paradoxes of EU citizenship, *European Law Review* nr 35/2010, p. 129.
- O. Golynger, Case C-158/07, *Jacqueline Förster v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 18 November 2008, *Common Market Law Review* nr 46/2009, p. 2021;
- O'Brien, C., Case C-310/08 *London Borough of Harrow v. Nimco Hassan Ibrahim and Secretary of State for the Home Department*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 23 February 2010, Case C-480/08 *Maria Teixeira v. London Borough of Lambeth and Secretary of State for the Home Department*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 23 February 2010, „*Common Market Law Review*” 2011/48, p. 204, 211.
- Opinion of J. Kokott to C-480/08, *Maria Teixeira v. London Borough of Lambeth and Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2009:642, points 38–46, 58–62, 67–71, 80–85, 90–96, 102–107.
- Opinion of J. Mazák in C -310/08, *London Borough of Harrow v. Nimco Hassan Ibrahim and Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2009:641, points 22–24, 30–44, 49.
- P. Starup, M. J. Elsmore, Taking a logical or giant step forward? Comment on Ibrahim and Teixeira, „*European Law Review*” 2010/35, p. 571–588;
- P. van Parijs, *Basic Income And the Left – A European Debate*, Social Europe Edition, 2018, p. 12.
- R. Höfler, Europa auf dem Weg zu einer sozialen Union? Die EuGH-Rechtsprechung zu unionsrechtlichen Ansprüchen auf Sozialhilfe, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* nr 10/2002, p. 1206.
- R.C. White, *Workers, Establishment and Services in the European Union*, Oxford 2004, s. 121.
- REGULATION (EEC) No 1612/68 OF THE COUNCIL of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community, No L 257/2 Official Journal of the European Communities 19.10.68.
- REGULATION (EU) No 492/2011 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union, 27.5.2011, Official Journal of the European Union, L 141/1.
- S. Bode, EuGH: Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* nr 24/2002, p. 767-768.
- S. Bode, EuGH: Diskriminierung eigener Staatsangehöriger wegen ausländischen Schulbesuchs, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* nr 20/2002, p. 638-639;
- S. O'Leary, Equal Treatment and EU Citizens: A New Chapter on Cross-Border Educational Mobility and Access to Student Financial Assistance, *European Law Review* nr 4/2009, p. 620-622;
- S.Adam, P. Van Elsuwege, Citizenship rights and the federal balance between the European Union and its member states : comment on Dereci, *European Law Review* nr 37/2012, p. 176, 182.
- W. Kluth, Freizügigkeit; Studierender, der Angehöriger eines Mitgliedstaats ist und sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben hat, um dort zu studieren; Unterhaltsstipendien für Studierende; Unionsbürgerschaft; Rechtssicherheit, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* nr 2/2009, p. 87-88.
- W. Obwexer, EuGH: Sozialhilfe für Student aus anderem Mitgliedstaat, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* nr 2/2002, p. 57.

СООБРАЌАЈНАТА ДЕЛИКВЕНЦИЈА ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА ВО ПЕРИОДОТ 2010-2017 ГОДИНА: КРИМИНОЛОШКИ АСПЕКТИ

Александра Груевска Дракулевски

Вонреден професор, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет

„Јустинијан Први“ во Скопје,

E-mail: a.gruevskadrakulevski@pf.ukim.edu.mk

„Ниту едно дете не треба да умре или сериозно да се повреди додека оди, вози велосипед или игра. Ние мора да ги вратиме нашите улици на нашите деца.

Тие имаат право да се чувствуваат безбедно на нив.“

(„Глобален извештај за состојбата со безбедноста на патиштата“ 2018, СЗО)

Апстракт

Авторот на трудот се осврнува на феноменолошките, етиолошките и виктимолошките аспекти на сообраќајната деликвенција во нашата држава во периодот 2010-2017 година. Исто така, авторот предлага и мерки за превенција на овој облик на деликвенција.

Сообраќајната деликвенција е масовна и индивидуална негативна општествена појава што има за последица предизвикување на страдања на луѓето, предизвикување на материјални и други штети и дезорганизација на самиот сообраќај. Во Република Северна Македонија, на секои 55 часа има по една жртва во сообраќајот, годишно во просек гинат 158 лица, а на еден загинат, 40 лица тешко страдаат. И понатаму е голем бројот на деца жртви на сообраќајни незгоди. Најголем дел од жртвите се патници во моторни возила и патници во други транспортни средства, како и пешаци. Етиологијата на сообраќајната деликвенција е мултифакторска, сепак, доминираат субјективните фактори, иако, и објективните фактори имаат значајно влијание. Повеќе од 90% од сообраќајните деликти се резултат на субјективен фактор, и тоа, брзо возење, непочитување на правила за првенство на минување, недржење страна и правец на движење, непрописно движење и свртување и управување под дејство на алкохол.

Согласно резултатите од истражувањето, авторот заклучува дека инциденцата на жртви на сообраќајни деликти е релативно висока, па оттука, итно треба да се преземат мерки за спречување, превенирање и намалување на сообраќајната деликвенција.

Клучни зборови: сообраќајна деликвенција, сообраќајни незгоди, жртви, феноменологија, виктимологија, етиологија, превенција.

TRAFFIC DELIQUENCY IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA IN THE PERIOD 2010-2017: CRIMINOLOGICAL ASPECTS

Aleksandra Gruevska Drakulevski

Associate Professor, Ss. Cyril and Methodius University,
Iustinianus Primus Law Faculty in Skopje
E-mail: a.gruevskadrakulevski@pf.ukim.edu.mk

*“No child should die or be seriously injured while they walk, cycle or play.
We must return our streets to our children. They have a right to feel safe on them.”*

(“Global Report on Road Safety Status” 2018, WHO)

Abstract

The author of the paper addresses the phenomenological, aetiological and victimological aspects of traffic delinquency in our country in the period 2010-2017. In addition, the author proposes measures for prevention of this form of delinquency.

Traffic delinquency is a massive and individual negative social phenomenon that has the consequence of causing human suffering, causing material and other damage and disorienting the traffic itself.

In the Republic of North Macedonia, every 55 hours there is one victim in traffic accidents, on average 158 people die every year, and on one died in a car accident, 40 people are severely suffering. The number of children victims of road accidents remains high. Most of the victims are passengers in motor vehicles and passengers in other means of transport, as well as pedestrians.

The aetiology of traffic delinquency is multifactorial, however, subjective factors dominate, though, and objective factors have a significant impact. More than 90% of traffic accidents are a result of a subjective factor, such as speeding, failure to comply with rules of priority, lack of side and direction of movement, irregular movement, and turning and driving under the influence of alcohol.

According to the results of the research, the author concludes that the incidence of victims of traffic delinquencies is relatively high; hence, urgently measures should be taken to combat, prevent and reduce traffic delinquency.

Keywords: *traffic delinquency, traffic accidents, victims, phenomenology, victimology, aetiology, prevention.*

Вовед

Сообраќајната деликвенција е масовна и индивидуална негативна општествена појава која се изразува преку противправно и општествено опасно поведење на поединци и групи во сообраќајот што има за последица предизвикување на страдања на

луѓето во него, предизвикување на материјални и други штети и дезорганизација на самиот сообраќај.¹

Брзиот развој на сообраќајот, несоздавањето соодветни услови за негово безбедно остварување, како и неспособноста на човекот да се прилагоди во смисла на негова недисциплина, неодговорност, несовесност, непочитување на правилата и сл., доведе до намалување на безбедноста во сообраќајот и зголемување на опасностите и страдањата на човекот, односно доведе до сообраќајна деликвенција како негативна консеквенца.

Сообраќајната деликвенција ги опфаќа кривичните дела против безбедноста во сообраќајот и сообраќајните прекршоци. Во Кривичниот законик на Република Северна Македонија (PCM),² во глава дваесетседма се предвидени кривичните дела против безбедноста на јавниот сообраќај, и тоа, Загрозување на безбедноста на сообраќајот (член 297), Загрозување на безбедноста на сообраќајот со опасно дејствие или средство (член 298), Несовесно вршење надзор над сообраќајот (член 299), Тешки дела против безбедноста на луѓето и имотот во сообраќајот (член 300), Неукажување помош на лице повредено во сообраќајна незгода (член 301), Напад на воздухоплов, брод или неподвижна платформа (член 302), Загрозување на безбедноста на воздушниот сообраќај (член 303), Уништување или отстранување знак што служи за безбедност на воздушниот сообраќај (член 304).³ Прекршоците во сообраќајот се регулирани со Законот за безбедност на сообраќајот на патиштата,⁴ Законот за прекршоците.⁵

Сообраќајната деликвенција бележи пораст во речиси сите држави во светот. Иако, постојат разлики во статистичкото евидентирање, јасно е дека вкупниот број на казниви однесувања во областа на сообраќајот е многу голем и е во постојан пораст во светот и кај нас, со големи материјални штети и човечки жртви.⁶

Според Глобалниот извештај за состојбата со безбедноста на патиштата од Светската здравствена организација (СЗО) од 2018 година, проблемот станува сè посериозен. Смртта во патниот сообраќај е зголемена на 1,35 милиони жртви годишно. Тоа се речиси 3.700 луѓе кои умираат секој ден на патиштата во светот. Секоја година десетици милиони се повредени или инвалидизирани, луѓе кои страдаат понатаму во живот заради долготрајни последици. Овие загуби погодуваат огромен број на семејства

¹ Арнауовски, Љ. (2007), „Криминологија“, Скопје: 2 Август С-Штип. Сулејманов, З., (2007) „Криминологија“, Скопје: Графос. Кајзер, Гинтер (1996), „Криминологија“, Скопје: Александрија. Ignjatović, D., (2006) “Kriminologija”, Beograd: Nomos. Milutinović, M., (1979) “Kriminologija”, Beograd: Savremena Administracija. Šeparović, Z., (1981) “Kriminologija i socijalna patologija”, Zagreb: Pravni fakultet. Singer, M., Vukadin, I. K. I Mraović, I. C., (2002) „Kriminologija“, Zagreb: Nakladni Zavod Globus, Edukacijsko-rehabilitacijaski fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Konstantinović-Vilić, Slobodanka/ Nikolić-Ristanović, Vesna/ Kostić, Miomira (2012) “Kriminologija”, Niš: Sven Niš.

² Кривичен законик („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 97/2017 и 248/2018).

³ В. повеќе: Камбовски, В., Тупанчески, Н., (2011) „Казнено право–посебен дел“, петто изменето и дополнето издание, Скопје.

⁴ Закон за безбедност на сообраќајот на патиштата („Службен весник на Република Македонија“ бр. 169/2015, 226/2015, 55/2016 и 11/2018).

⁵ Закон за прекршоците („Службен весник на Република Македонија“ бр. 124/2015).

⁶ Konstantinović-Vilić, Slobodanka/ Nikolić-Ristanović, Vesna/ Kostić, Miomira (2012) “Kriminologija”, Niš: Sven Niš.

и заедници. Од друга страна, трошоците за интервенирање при несреќи, здравствената заштита и човечката тага е огромна.⁷

Постојат многу причини за овој тренд: брза урбанизација, несоодветни стандарди за безбедност, неспроведување на законите, луѓе кои возеле расеани или уморни, а други под влијание на дрога или алкохол, брзо возење и неносење појаси или кациги. Она што најмногу погодува во овој извештај на СЗО е дека повредите во сообраќајот на патиштата се водечка причина за смрт за луѓе на возраст меѓу 5 и 29 години. „Ниту едно дете не треба да умре или сериозно да се повреди додека оди, вози велосипед или игра. Ние мора да ги вратиме нашите улици на нашите деца. Тие имаат право да се чувствуваат безбедно на нив.“⁸ Оттука, Агендата за одржлив развој од 2030 година поставува амбициозна цел да се преполови глобалниот број на смртни случаи и повреди од сообраќајни несреќи во сообраќајот до 2020 година. Но, Глобалниот извештај за состојбата со безбедноста на патиштата од Светската здравствена организација (СЗО) од 2018 година покажува дека е направен мал напредок, оттука, постои итна потреба да се зголемат интервенциите и инвестициите.⁹

Според Извештајот, несреќите во патниот сообраќај сега претставуваат осма водечка причина за смрт на глобално ниво. Статистиката потврдува дека повеќе од 1,35 милиони лица ги губат своите животи секоја година во сообраќајни незгоди, а 50 милиони се повреди. А, факт е дека еден од тие смртни случаи или повреди може да се спречи.¹⁰

Повредите во патниот сообраќај предизвикуваат значителни економски загуби за поединците, нивните семејства и за нациите во целина. Овие загуби произлегуваат од трошоците за лекување, како и изгубената продуктивност на оние што се загинати или оневозможени од повредите, како и за членовите на семејството кои треба да ја напуштат работата или училиштето за да се грижат за повредените. Несреќите во патниот сообраќај ги чини повеќето земји 3% од нивниот бруто-домашен производ.¹¹

Повеќе од 90% од смртните случаи во сообраќајот се случуваат во земјите со низок и среден приход. Стапките на смртност во сообраќајни незгоди се највисоки во африканскиот регион. Дури и во земјите со високи примања, луѓето со пониско социоекономско потекло имаат поголема веројатност да бидат вклучени во несреќи во патниот сообраќај. Она што најмногу загрижува е фактот дека сообраќајните незгоди во патниот сообраќај се водечка причина за смрт кај децата и младите на возраст од 5 до 29 години. Од најрана возраст, мажите имаат поголема веројатност да бидат вклучени во сообраќајни незгоди отколку лицата од женски пол. Околу три четвртини (73%) од сите смртни случаи во сообраќајот на патиштата се јавуваат кај млади мажи на возраст под 25 години, кои скоро три пати е поверојатно да бидат усмртени во сообраќајна несреќа отколку млади жени. Пешаци, велосипедисти и возачи на моторизирани две и три тркала и нивните патници се колективно познати како „ранливи учесници во сообраќајот“ и претставуваат половина од сите смртни случаи во сообраќајот во целиот

⁷ Global status report on road safety 2018. Geneva: World Health Organization; 2018. Licence: CC BYNC-SA 3.0 IGO. <file:///C:/Users/User/Downloads/9789241565684-eng.pdf> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

свет. Погolem дел од ранливите учесници во сообраќајот умираат во земјите со ниски приходи отколку во земјите со високи примања.¹²

Во Република Северна Македонија (PCM) на секои 55 часа има по една жртва во сообраќајот, годишно во просек гинат 158 лица, а на еден загинат, 40 лица тешко страдаат. И понатаму е голем бројот на деца жртви на сообраќајни незгоди. Најголем дел од жртвите се патници во моторни возила и патници во други транспортни средства, како и пешаци.

Понатаму во трудот се анализирани криминолошките аспекти на сообраќајната деликвенција во PCM, и тоа, феноменологија, виктимологија, етиологија и превенција. Притоа, се анализираат сообраќајните несреќи со потешки последици (со загинати и со повредени лица), а изоставени се сообраќајните прекршоци со оглед на фактот што нема официјални статистички податоци за нив.

1. Феноменологија и виктимологија на сообраќајната деликвенција во PCM

Во периодот 2010-2017 година во просек се случиле 139 сообраќајни незгоди со загинати лица, а 3.942 сообраќајни незгоди со повредени лица. Во истиот период, во просек, се случиле 2,67 сообраќајни незгоди со голема материјална штета. Очигледно е

¹² *Global status report on road safety 2018*. Geneva: World Health Organization; 2018. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. (Пристапено на: 4.7.2019 година). Во прилог е дадена споредба со претходен извештај за состојбата со сообраќајни несреќи. Според Светската здравствена организација, повредите во сообраќајот на патиштата предизвикале 1,25 милиони смртни случаи во светот во 2010 година. Тоа значи дека едно лице е убиено на секои 25 секунди. Само 28 земји, кои претставуваат 449 милиони луѓе (седум проценти од светската популација), имаат соодветни закони кои ги опфаќаат сите пет фактори на ризик (брзина, возење под дејство на алкохол, шлемови, појаси и детски ограничувања). Над третина од смртните случаи во сообраќајот во земјите со ниски и средни приходи се меѓу пешаците и велосипедистите. Сепак, помалку од 35 проценти од земјите со ниски и средни приходи имаат политики за заштита на овие корисници на патиштата. (WHO, ed. (2015). *Global Status Report on Road Safety 2015* (official report). Geneva: World Health Organisation (WHO). Просечната стапка изнесува 17,4 на 100.000 луѓе. Земјите со ниски приходи сега имаат годишно највисока стапка на смртност во патниот сообраќај, 24,1 на 100.000, додека стапката во земјите со високи примања е најниска, со 9,2 на 100.000. (WHO, ed. (2015). *Global Status Report on Road Safety 2015* (official report). Geneva: World Health Organisation (WHO). Седумдесет и четири проценти од смртните случаи во сообраќајот се случуваат во земјите со среден приход, кои сочинуваат само 53 проценти од светските регистрирани возила. Во земјите со ниски приходи тоа е уште полошо. Само еден процент од регистрираните автомобили во светот произведуваат 16 проценти од смртните случаи во сообраќајот во светот. Ова укажува на тоа дека овие земји имаат непропорционално висок товар за смртни случаи во сообраќајот во однос на нивното ниво на моторизација. (WHO, ed. (2015). *Global Status Report on Road Safety 2015* (official report). Geneva: World Health Organisation (WHO). Постојат големи разлики во стапката на смртност во сообраќајот на патиштата меѓу регионите. Ризикот од умирање како резултат на сообраќајна повреда е најголем во африканскиот регион (пораст од 26,6 на 100 000 жители), а најнизок во европскиот регион (се намалува 9,3 на 100 000). (WHO, ed. (2015). *Global Status Report on Road Safety 2015* (PDF) (official report). Geneva: World Health Organisation (WHO). Половина од смртните случаи во сообраќајот во светот се јавуваат кај моторциклистите (23%), пешаците (22%) и велосипедистите (5%) - односно „ранливите учесници во сообраќајот“ - 31% од смртните случаи се патници во автомобили, а останатите 19% се неодредени корисници на патишта. (WHO, ed. (2013). *Global Status Report on Road Safety 2013: supporting a decade of action* (PDF) (official report). Geneva, Switzerland: World Health Organisation (WHO). Возрасните на возраст помеѓу 15 и 44 години сочинуваат 59% од смртните случаи во патниот сообраќај. Седумдесет и седум проценти од смртните случаи на патот се мажи. (*Ibid.*) (Пристапено на: 4.7.2019 година).

дека од вкупниот број сообраќајни незгоди, во просек, високи 98,09% се сообраќајни незгоди со повредени лица.

Во вкупниот број сообраќајни незгоди во анализираниот период, во просек, загинале 158 лица, а 6.253 биле повредени. Односно, во просек, во една сообраќајна незгоди со загинати лица, загинале по 1,13 лица, а во една сообраќајна незгода со повредени лица 1,59 лица биле повредени.

Понатаму, од податоците може да се забележи дека стапката на вкупен број сообраќајни незгоди во анализираниот период бележи континуиран пораст со највисока стапка во 2011 година (4.463), а најниска во 2014 година (3.853).

Најголем број лица загинале во 2013 година (198), а најмал број на загинати лица е забележан во 2014 година (130). Од друга страна, пак, најголем број повредени лица во сообраќајни незгоди, 6.853 лица, е забележан во 2011 година, а најмал број во 2015 година (5.913).

Податоците се сумирани во табелата подолу.

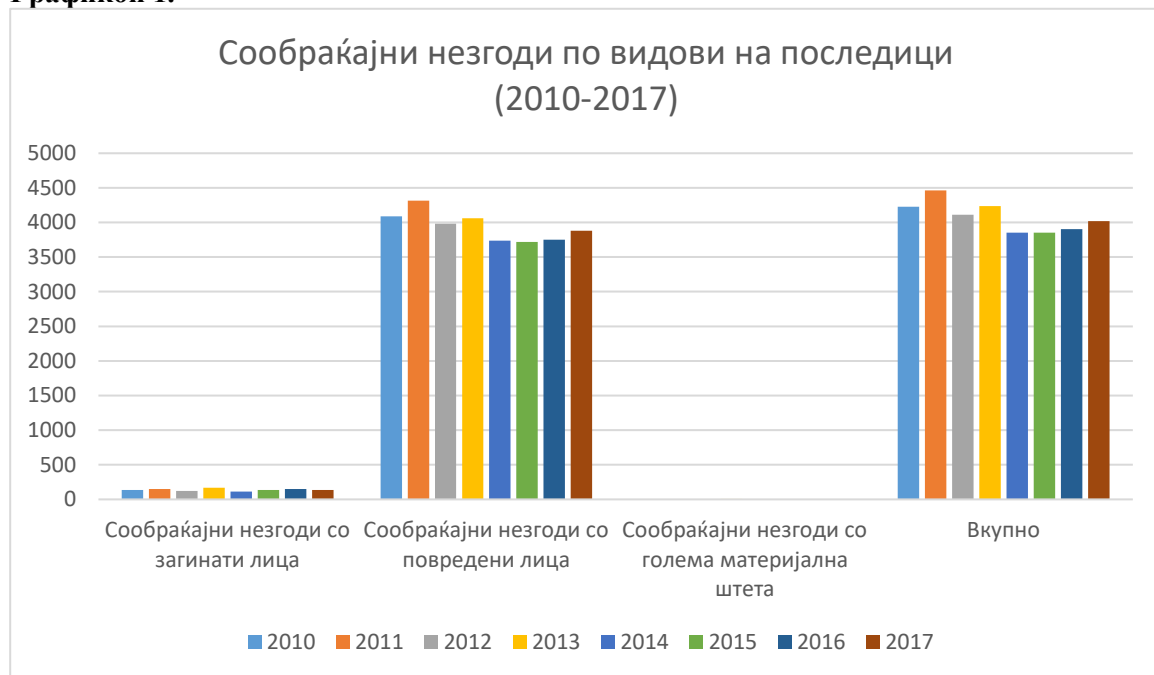
Табела 1. Сообраќајни незгоди по видови на последици во периодот 2010-2017 година

Видови сообраќајни незгоди	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Просечна стапка
Сообраќајни незгоди со загинати лица	134	148	124	170	115	135	150	137	139
Сообраќајни незгоди со повредени лица	4.089	4.314	3.984	4.060	3.737	3.719	3.752	3.882	3942
Сообраќајни незгоди со голема материјална штета	3	1	3	6	1	/	2	/	3
Вкупно	4226	4463	4111	4236	3853	3854	3904	4019	4083
Загинати лица	162	172	132	198	130	148	165	155	158
Повредени лица	6.375	6.853	6.149	6.484	6.056	5.913	5.971	6.224	6253

Извор: Министерство за внатрешни работи¹³

¹³ https://docs.google.com/spreadsheets/d/13DbLn6WQ288YssjZwhzO6NHw4Kh5_qdWZuN_-6a72ko/edit#gid=1268663980.
<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakjaj/56>

Графикон 1.



Анализата на податоците за сообраќајни незгоди со потешки последици (загинати и повредени лица) по СВР во периодот 2010-2017 година покажува дека, во просек, во анализираниот период загинале 139 лица годишно, а 3.942 биле повредени на годишно ниво. Најголем број сообраќајни несреќи се случуваат на подрачје на СВР Скопје, и најголем број лица загинале во сообраќајни незгоди на ова подрачје, односно, во просек 36 лица годишно, а 1,740 лица биле повредени. Ова може да се објасни со фактот дека Скопје е главен град на РСМ, при што скоро половина од населението на целата земја живеат тука. Оттука, градот е преполн и затоа густината на криминалитетот и деликвенцијата имаат најголема концентрација во град Скопје.

Следи подрачјето на СВР Битола, каде во анализираниот период во просек загинале 23 лица годишно, потоа, СВР Охрид (во просек 16 лица годишно), СВР Штип (15), СВР Велес, СВР Струмица и СВР Тетово (во просек по 13 лица годишно), а најмалку лица загинале на подрачје на СВР Куманово (11 лица). Што се однесува до бројот на повредени лица, по СВР Скопје следува СВР Тетово (во просек 403 лица годишно), следи СВР Битола (во просек 368 лица годишно), СВР Куманово (321), СВР Штип (304), СВР Охрид (292), СВР Велес (271), СВР Струмица (244).

Гледано по години, на подрачје на СВР Скопје се забележува пад на бројот на повредени лица во сообраќајни незгоди, а спротивно на тоа на подрачје на СВР Тетово се забележува пораст низ годините. За останатите СВР се забележуваат извесни осцилации низ годините.

Податоците се сумирани во табелата подолу.

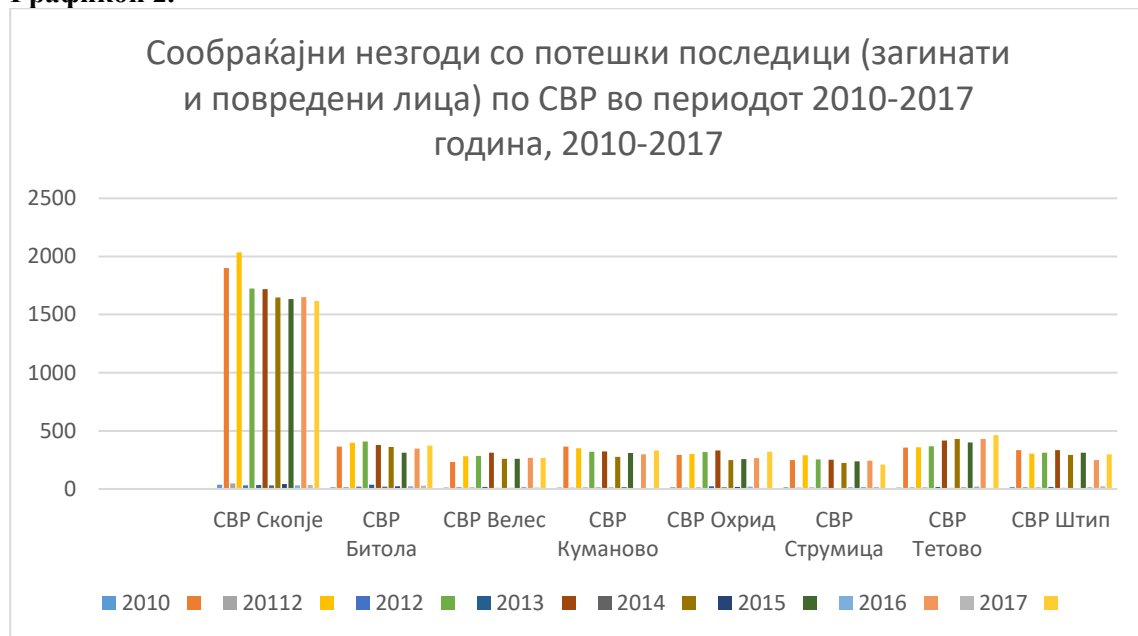
Табела 2. Сообраќајни незгоди со потешки последици (загинати и повредени лица) по СВР во периодот 2010-2017 година

Faculty of Law, Goce Delcev University, Shtip,
Republic of N. Macedonia

	2010		2011		2012		2013		2014		2015		2016		2017		Средна вредност	
	со за ги на тил и ца	со по вр ед и ли ца	со за ги на тил и ца	со по вр ед и ли ца	со за ги на тил и ца	со по вр ед и ли ца	со за ги на тил и ца	со по вр ед и ли ца	со за ги на тил и ца	со по вр ед и ли ца	со за ги на тил и ца	со по вр ед и ли ца	со за ги на тил и ца	со по вр ед и ли ца	со за ги на тил и ца	со по вр ед и ли ца	со за ги на тил и ца	со по вр ед и ли ца
СВР Скопје	37	1899	47	2035	31	1725	34	1718	32	1646	43	1633	30	1650	35	1617	36	1740
СВР Битола	15	365	17	396	19	407	36	378	21	362	24	313	22	348	27	371	23	368
СВР Велес	12	232	17	281	12	285	17	312	10	260	9	259	17	269	11	269	13	271
СВР Куманово	12	363	12	349	11	319	13	322	11	275	14	309	6	297	5	332	11	321
СВР Охрид	15	293	13	301	13	317	22	330	15	249	16	256	21	266	10	320	16	292
СВР Струмица	15	248	12	290	13	254	13	250	7	224	11	237	18	242	18	210	13	244
СВР Тетово	12	355	14	358	13	366	17	417	9	429	11	400	21	431	9	464	13	403
СВР Штип	16	334	16	304	12	311	18	333	10	292	7	312	15	249	22	299	15	304
Вкупно	134	4089	148	4314	124	3984	170	4060	115	3737	135	3719	150	3752	137	3882	139	3942
Средна вредност	17	511	19	539	16	498	21	508	14	467	17	465	19	469	17	485	17	493

Извор: Министерство за внатрешни работи¹⁴

Графикон 2.



Министерството за внатрешни работи дава анализа на зголемувањето односно намалувањето на сообраќајните незгоди со потешки последици за 2018 споредено со 2017 година. Од податоците може да се заклучи дека генерално има намалување на сообраќајните незгоди со потешки последици од 6,9%. Сообраќајните незгоди со загинати лица се намалиле за 13,9%, а сообраќајните незгоди со повредени лица за 6,7%. Од ова намалување има исклучоци што се однесуваат на одредени подрачја на СВР. Така, на пример, најалармантни се податоците за пораст на сообраќајните незгоди со загинати лица на подрачје на СВР Тетово од дури 66,7%, потоа, СВР Куманово – 40% и СВР Охрид – 20%. Ова, укажува на фактот дека дополнително треба да се направат анализи за да се утврдат причините за вака драстичниот пораст со цел намалување и превенирање. Од друга страна, за поздравување е фактот дека сообраќајните незгоди со загинати лица драстично се намалиле на подрачје на СВР Велес (63,6%), СВР Струмица (38,9%) и СВР Битола (33,3%).

Табела 3. Сообраќајни незгоди со потешки последици по СВР за 2017/2018 година

¹⁴http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf
<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/56> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

	Сообраќајни незгоди со потешки последици			Сообраќајни незгоди со загинали лица			Сообраќајни незгоди со повредени лица		
	2017 година	2018 година	Намалување/зголемување %	2017 година	2018 година	Намалување/зголемување %	2017 година	2018 година	Намалување/зголемување %
СВР Скопје	1.652	1.452	-12,1	35	32	-8,6	1.617	1.420	-12,2
СВР Битола	398	371	-6,8	27	18	-33,3	371	353	-4,9
СВР Велес	280	288	2,9	11	4	-63,6	269	284	5,6
СВР Куманово	337	306	-9,2	5	7	40	332	299	-9,9
СВР Охрид	330	314	-4,8	10	12	20	320	302	-5,6
СВР Струмица	228	211	-7,5	18	11	-38,9	210	200	-4,8
СВР Тетово	473	451	-4,7	9	15	66,7	464	436	-6
СВР Штип	321	347	8,1	22	19	-13,6	299	328	9,7
Вкупно	4.019	3.740	-6,9	137	118	-13,9	3.882	3.622	-6,7

Извор: Министерство за внатрешни работи¹⁵

Според податоците прикажани во Статистиката: сообраќајни несреќи со потешки последици и жртви по градови во 2017 година, во сообраќајни несреќи имало 155 смртни случаи, повеќето од жртвите биле на возраст од 41-64 години (52), 25-40 години (34) и 65 и повеќе (33). Четиринаесет од жртвите биле на возраст од 15-19 години, а четири од жртвите биле на возраст од 0-14 години. Најголем дел од жртвите биле патници во моторни возила и патници со други транспортни средства, како и пешаци. Податоците се прикажани во табелата подолу.

¹⁵http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf
<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/56> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

Табела 4. Загинати во сообраќајни несреќи според возраст, 2017

	Вкупно	0-14	15-19	20-24	25-40	41-64	65 +
Вкупно	155	4	14	18	34	52	33
Патници во моторно возило	77	-	9	7	23	29	9
Патници	44	3	4	9	8	13	7
Пешаци	34	1	1	2	3	10	17

Извор: Министерство за внатрешни работи¹⁶

Во однос на повредените лица во сообраќајни незгоди според возраста, вкупно 6.224 лица биле повредени. Мнозинството биле на возраст од 25-40 години (1.992), 41-64 (1.717), 20-24 (841), 0-14 (653), 15-19 (592) и 65 и повеќе (429). Повеќето од повредените жртви биле патници во моторни возила и патници со други транспортни средства. Податоците се сумирани во табелата подолу.

Табела 5. Повредени лица во сообраќајни несреќи според возраст, 2017

	Вкупно	0-14	15-19	20-24	25-40	41-64	65 +
Вкупно	6.224	653	592	841	1.992	1.717	429
Патници во моторно возило	2.861	52	199	403	1.150	910	147
Патници	2.443	377	302	384	691	561	128
Пешаци	914	223	90	54	148	245	154
Терачи на стока	6	1	1	0	3	1	0

Извор: Министерство за внатрешни работи¹⁷

Да заклучиме, инциденцата на жртви на сообраќајни незгоди е релативно висока, па оттука властите во земјата треба да преземат мерки за спречување, а со тоа и намалување на бројот на сообраќајни несреќи со штетни последици.

Според анализата на МВР за 2017 и 2018 година за сообраќајни незгоди со потешки последици (загинати и повредени лица) по СВР се бележи пад на бројот на загинати и повредени лица со одредени исклучоци каде, за жал, се забележува пораст. Имено, најголем пад од 63,6% на загинати лица е забележан на подрачје на СВР Велес. Од друга страна, пак, се забележува пораст на загинати лица од 50% за подрачјата на СВР Куманово и Тетово. Податоците се сумирани подолу во табелата.

¹⁶ http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf. (Пристапено на: 25.2.2018).

¹⁷ http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf. (Пристапено на: 25.2.2018).

Табела 6. Загинати и повредени лица по СВР (2017-2018)

	Загинати лица			Повредени лица		
	2017 годин а	2018 годин а	намалување/зголемува ње %	2017 годин а	2018 годин а	намалување/зголемува ње %
СВР Скопје	37	36	-2,7	2.463	2.146	-12,9
СВР Битола	28	24	-14,3	592	542	-8,4
СВР Велес	11	4	-63,6	452	434	-4
СВР Куманов о	6	9	50	512	482	-5,9
СВР Охрид	12	12	0,0	533	516	-3,2
СВР Струмиц а	21	13	-38,1	354	372	5,1
СВР Тетово	10	15	50	841	839	-0,2
СВР Штип	30	20	-33,3	477	529	10,9
Вкупно	155	133	-14,2	6.224	5.860	-5,8

Извор: Министерство за внатрешни работи¹⁸

Според податоците од Државниот завод за статистика на РСМ, Соопштението за насилна смрт во Република Северна Македонија, 2018,¹⁹ во просек, во периодот 1994-2018 година, во несреќни случаи гинеле 419 лица годишно што претставува, во просек, 69% од умрените лица од насилна смрт во земјата. Притоа, напоменуваме дека според методологијата, во несреќни случаи покрај транспортни несреќи се пресметуваат и други причини за несреќи.

2. Етиологија на сообраќајната деликвенција

Етиологијата на сообраќајната деликвенција е мултифакторска, сепак, доминираат субјективните фактори (психофизички способности, психички својства, раздразнетост, страв, бес, слаба концентрација, способност за самоконтрола, за прилагодување на возење кон условите, солидарност, замор, ненаспиеност,

¹⁸ http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf.

<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/56> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

¹⁹ <http://www.stat.gov.mk/PrikaziSoopstение.aspx?id=12&rbr=3016> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

неодмореност, предолго возење, недоволна оспособеност за возење, недостиг на општо образование, недостиг на соодветно знаење, вештини и искуство за управување на возило, непознавање на знаци и прописи, преголема самоувереност заради долг возачки стаж, неадекватно влијание на репресивните мерки, болни состојби и болест во текот на управување со моторното возило, земање лекаства кои влијаат на успорување на реакциите кај возачот, (не)редовна контрола на психичко и физичко здравје и способност за управување со возилото, возраст, пол, алкохол...), иако, и објективните фактори (фактори на „виша сила“, технички фактори врзани за возилото, состојбата на патиштата, брзиот развој на сообраќајот, сообраќајната култура, создавањето услови за безбедно остварување на сообраќајот, развојот, состојбата, оспособеноста на патна мрежа, сигнални уреди, инфраструктура на раскрсници, премини, црни точки, структура на возилата, одржување, време на користење, климатски услови...) имаат значајно влијание.

Повеќе од 90% сообраќајните деликти се резултат на субјективен фактор, и тоа, брзо возење, непочитување на правила за првенство на минување, недржење страна и правец на движење, непрописно движење и свртување и управување под дејство на алкохол.

„Пристапот на безбеден систем за безбедност на патиштата“ (The Safe System approach to road safety) има за цел да обезбеди сигурен транспортен систем за сите учесници во сообраќајот. Таквиот пристап ја зема во предвид ранливоста на луѓето од сериозни повреди во сообраќајни несреќи и признава дека системот е под влијание на човечки грешки. Основата на овој пристап се безбедни патишта и тротоари, безбедна брзина на возење, безбедни возила и безбедни учесници на патот, кои сите мора да придонесат со цел да се елиминираат фаталните несреќи и да се намалат сериозните повреди.²⁰

Меѓу причините за сообраќајни незгоди на глобално ниво ги истакнуваме позначајните, и тоа, брзо возење, возење под влијание на алкохол и други психотропни супстанции, неносење на кациги, ремени и детски седишта, невнимателно возење, небезбедна патна инфраструктура, небезбедни возила, неадекватна грижа после несреќата, несоодветно спроведување на законот за безбедност во сообраќајот, итн.

Брзо возење. Зголемувањето на просечната брзина е директно поврзано со веројатноста да се предизвика сообраќајна несреќа и со сериозноста на последиците од несреќата. На пример, секое зголемување од 1% на средната брзина предизвикува зголемување од 4% на ризикот од смртоносна несреќа и зголемување од 3% на сериозен ризик од несреќа. Ризикот од смрт кај пешаците погоден од автомобил брзо се зголемува (4,5 пати од 50 км/ч до 65 км/ч). При судир на возила ризикот од фаталност за патниците е 85% при брзина од 65 км/ч.²¹

Возење под влијание на алкохол и други психотропни супстанции. Возењето под дејство на алкохол и други психотропни супстанции или лек го зголемува ризикот од несреќа што резултира со смрт или сериозни повреди. Во случај на возење под дејство на алкохол, ризикот од сообраќајна несреќа започнува со ниски нивоа на концентрација на алкохол во крвта и значително се зголемува кога концентрација на алкохол во крвта

²⁰ Global status report on road safety 2018. Geneva: World Health Organization; 2018. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. (Пристапено на 7.7.2019 година).

²¹ *Ibid.*

кај возачот е $\geq 0,04$ g/dl. Во случај на возење под дејство на дрога, ризикот од сообраќајна несреќа се зголемува до различни степени во зависност од употребената психоактивна супстанца. На пример, ризикот од смртоносна несреќа кај оние кои користеле амфетамини е околу 5 пати поголем од ризикот кај некој кој не користел.²²

Неносење на кациги, ремени и детски седишта. Правилната употреба на кацига може да доведе до 42% намалување на ризикот од фатални повреди и 69% намалување на ризикот од повреди на главата. Ставањето појас го намалува ризикот од смрт кај возачите и патниците на предните седишта за 45-50% и ризикот од смрт и сериозни повреди кај патниците од задни седишта за 25%. Употребата на детски седишта може да доведе до 60% намалување на смртните случаи.²³

Невнимателно возење. Постојат многу видови на одвлекување на вниманието што може да доведе до сообраќајна незгода. Невниманието предизвикано од користење на мобилни телефони е сè поголем проблем за безбедноста на патиштата. Возачите кои користат мобилни телефони имаат околу 4 пати поголеми шанси да бидат вклучени во сообраќајна несреќа отколку возачите кои не користат мобилен телефон. Употребата на телефон за време на возењето ги забавува реакциите (особено времето на реакција на сопирање, но и реакцијата на сообраќајните сигнали), и го отежнува одржувањето на правилната лента и задржување на соодветно растојание. Hands-free телефоните не се многу побезбедни, а текстуалните пораки значително го зголемуваат ризикот од несреќа.²⁴

Небезбедна патна инфраструктура. Дизајнот на патишта може да има значително влијание врз безбедноста. Идеално, патишта треба да бидат дизајнирани имајќи ја предвид безбедноста на сите корисници на патот. Ова би значело дека треба да има соодветни услови за пешаците, велосипедистите и мотоциклисти. Мерките како што се патеки, велосипедски патеки, безбедни премини и други мерки можат да бидат критични за намалување на ризикот од повреди кај овие корисници на патот.²⁵

Небезбедни возила. Безбедните возила играат клучна улога во спречувањето на несреќи и намалувањето на веројатноста за сериозни повреди. Постојат голем број на прописи на Обединетите нации за безбедност на возилата кои, доколку се применуваат како стандарди за производство во земјите, потенцијално би се спасиле многу животи. Тука спаѓа потребата производителите на возила да ги исполнат регулативите за предни и странични удари, со цел да се вклучи електронска контрола на стабилноста и да се осигураат воздушни перничииња и појаси за прицврстување во сите возила. Без овие основни стандарди ризикот од сообраќајни повреди - и на оние во возилото и оние надвор од него - е значително зголемен.²⁶

Неадекватна грижа после несреќата. Доцнењата во откривањето и обезбедувањето грижа за оние кои се вклучени во сообраќајна несреќа ја зголемуваат сериозноста на повредите. Заштитата од повреди по несреќата е исклучително временски чувствителна: одложувањата на минути можат да ја направат разликата помеѓу животот и смртта. Подобрувањето на грижата по несреќата бара обезбедување пристап до навремена прехоспитална грижа, како и подобрување на квалитетот на

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

прехоспиталната и болничката нега, како, на пример, преку специјализирани програми за обука.²⁷

Несоодветно спроведување на законот за безбедност во сообраќајот. Ако сообраќајните закони за возење под дејство на алкохол, носење на сигурносни појаси, ограничувања на брзината, кациги и седишта за деца не се спроведуваат, тие не можат да доведат до очекувано намалување на жртвите од сообраќајни несреќи и повреди поврзани со одредени однесувања. Така, ако сообраќајните закони не се спроведуваат или се сметаат за неприменети, веројатно тие нема да бидат почитувани и затоа ќе имаат многу малку шанси да влијаат врз однесувањето. Ефективното спроведување вклучува воспоставување, редовно ажурирање и спроведување на законите на национално, општинско и локално ниво кои се однесуваат на горенаведените фактори на ризик. Тука спаѓа и дефиницијата за соодветни казни.²⁸

Што се однесува до етиологијата на сообраќајната деликвенција во РСМ, како најчести причини за сообраќајни незгоди се издвојуваат: брзо возење, непочитување на правила за првенство на минување, недржење страна и правец на движење, непрописно движење и свртување, управување под дејство на алкохол.

Во периодот 2010-2017 година, во просек, во 934 случаи причина за сообраќајни незгоди било брзо возење или 33,84%. Во просек, 645 сообраќајни незгоди се случиле поради непочитување на правила за првенство на минување (23,39%). Понатаму, во просек 549 сообраќајни незгоди се случиле поради недржење страна и правец на движење (19,90%). Во просек, 454 незгоди се предизвикани од непрописно движење и свртување (16,46%). Управување под дејство на алкохол било причина за сообраќајна незгода во, во просек, 177 случаи или 6,41%.

Факторот брзо возење бележи драстичен пад со извесни осцилации. Она што загрижува од податоците е драстичниот пораст на управување под дејство на алкохол како причина за сообраќајни незгоди со потешки последици во 2016 и 2017 година. Кај останатите причини се забележуваат одредени осцилации низ годините. Може да се заклучи дека надлежните органи треба и понатаму да ги зајакнат контролите на патиштата со цел превенција, но, исто така, треба да се преземат посериозни мерки со цел превенирање на сообраќајните незгоди кај кои како причина се јавува управувањето под дејство на алкохол. Податоците се достапни во табелата подолу.

Табела 7. Најчести фактори за сообраќајните незгоди во РСМ (2010-2017)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Средна вредност	%
Брзо возење	1.219	1.260	863	929	830	788	820	759	934	33,84
Индекс	100	103	68	108	89	95	104	93		
Непочитување на правила за првенство на минување	745	738	602	652	671	608	572	574	645	23,39

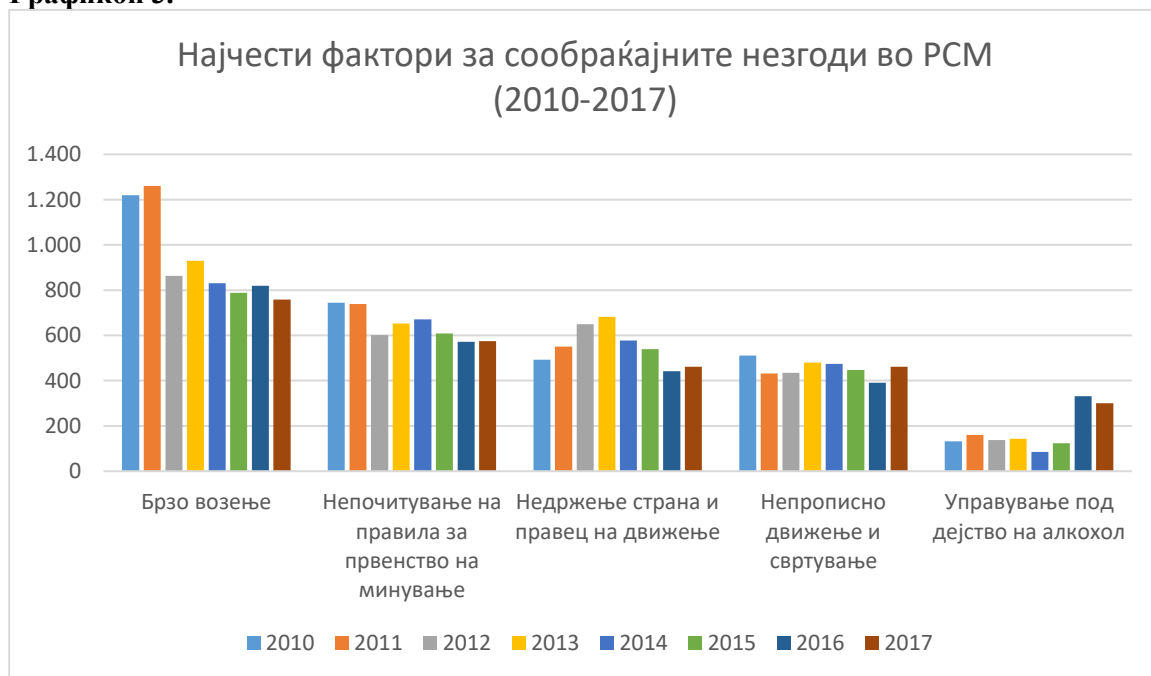
²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

Индекс	100	99	82	108	103	91	94	100		
Недржење страна и правец на движење	492	551	649	682	577	539	441	462	549	19,9
Индекс	100	112	118	105	85	93	82	105		
Непрописно движење и свртување	511	432	435	480	474	447	391	462	454	16,46
Индекс	100	85	101	110	99	94	87	118		
Управување под дејство на алкохол	132	160	138	144	86	123	332	300	177	6,41
Индекс	100	121	86	104	60	143	270	90		

Извор: Министерство за внатрешни работи²⁹

Графикон 3.



Според податоците од МВР, брзото возење е најчеста причина за сообраќајни незгоди на подрачје на СВР Скопје, потоа, СВР Тетово и СВР Охрид. Ова е јасен индикатор за надлежните органи да ги зголемат контролите на овие подрачја. Брзото возење како причина за сообраќајни незгоди бележи драстичен пад во 2012 година, а

²⁹

http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf
<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/56> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

пораст во 2011, 2013 и 2016 година. Може да се заклучи дека со одредени осцилации, оваа причина има надолен тренд што може да се објасни со зголемените контроли на сообраќајната полиција.

Табела 8. Брзо возење како причина за сообраќајни незгоди по СВР (2010-2017)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Средна вредност
СВР Скопје	549	590	341	342	272	276	275	178	353
СВР Битола	97	95	48	44	61	49	53	83	66
СВР Велес	70	82	60	61	37	26	41	47	53
СВР Куманово	78	57	16	31	49	38	41	50	45
СВР Охрид	126	118	106	101	87	89	88	97	102
СВР Струмица	75	87	81	70	50	71	85	72	74
СВР Тетово	145	161	150	209	206	187	189	181	179
СВР Штип	79	70	61	71	68	52	48	51	63
Вкупно	1.219	1.260	863	929	830	788	820	759	934
Индекс	100	103	68	108	89	95	104	93	

Извор: Министерство за внатрешни работи³⁰

Графикон 4.



³⁰

http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf
<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/56> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

Непочитување на правила за првенство на минување е следна причина за сообраќајни незгоди. Генерално, може да се заклучи дека и оваа причина бележи пад со извесни осцилации низ годините (2013 и 2014 година). Со цел намалувањето и превенирањето на сообраќајните незгоди предизвикани од оваа причина, се препорачува поставување соодветна сигнализација на патиштата. Инаку, повторно, оваа причина доминира на подрачје на СВР Скопје.

Табела 9. Непочитување на правила за првенство на минување како причина за сообраќајни незгоди по СВР (2010-2017)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Средна вредност
СВР Скопје	421	418	273	313	344	285	275	257	323
СВР Битола	56	60	68	70	60	66	58	59	62
СВР Велес	35	27	34	40	37	29	35	23	33
СВР Куманово	71	63	52	53	48	48	39	51	53
СВР Охрид	35	46	45	59	38	45	49	54	46
СВР Струмица	29	41	37	41	39	47	24	28	36
СВР Тетово	58	55	49	37	67	47	62	65	55
СВР Штип	40	28	44	39	38	41	30	37	37
Вкупно	745	738	602	652	671	608	572	574	645

Извор: Министерство за внатрешни работи³¹

Графикон 5.



³¹http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf
<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/56> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

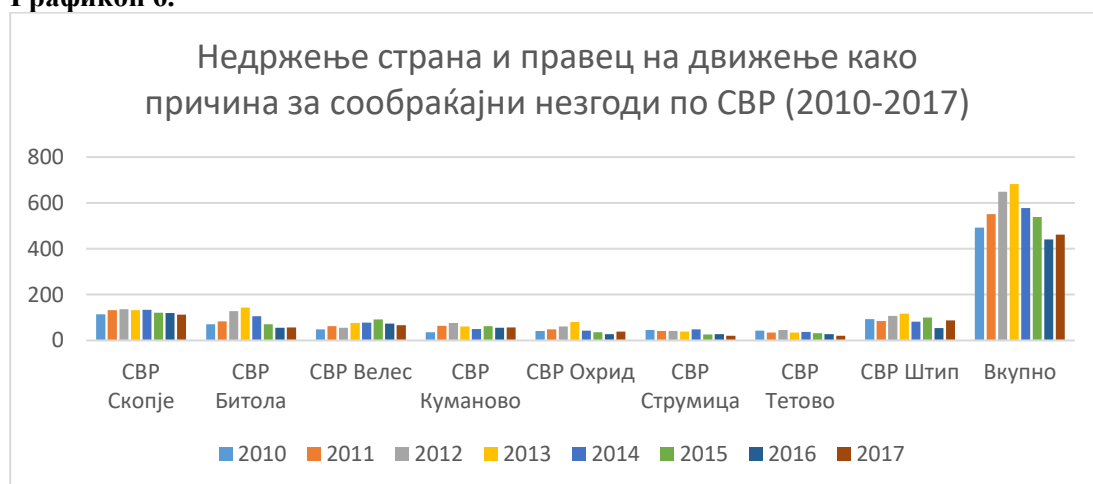
Недржење страна и правец на движење е трета по ред причина за сообраќајни незгоди со потешки последици. Низ годините се забележуваат осцилации на учеството на оваа причина во етиологијата на сообраќајните незгоди во земјата. Најалармантна е состојбата на подрачје на СВР Скопје, СВР Штип и СВР Битола, оттука, повторно, препораката е во овие подрачја надлежните органи да постават соодветна сигнализација на патиштата со цел спречување и превенција на сообраќајните незгоди.

Табела 10. Недржење страна и правец на движење како причина за сообраќајни незгоди по СВР (2010-2017)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Средна вредност
СВР Скопје	114	132	136	132	134	121	120	113	125
СВР Битола	71	83	128	143	105	71	55	57	89
СВР Велес	49	62	55	76	78	91	74	67	69
СВР Куманово	36	64	76	61	50	63	56	57	58
СВР Охрид	41	49	61	81	43	36	28	38	47
СВР Струмица	45	42	41	38	48	26	27	21	36
СВР Тетово	43	34	45	34	37	31	27	21	34
СВР Штип	93	85	107	117	82	100	54	88	91
Вкупно	492	551	649	682	577	539	441	462	549

Извор: Министерство за внатрешни работи³²

Графикон 6.



³²http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf
<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/56> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

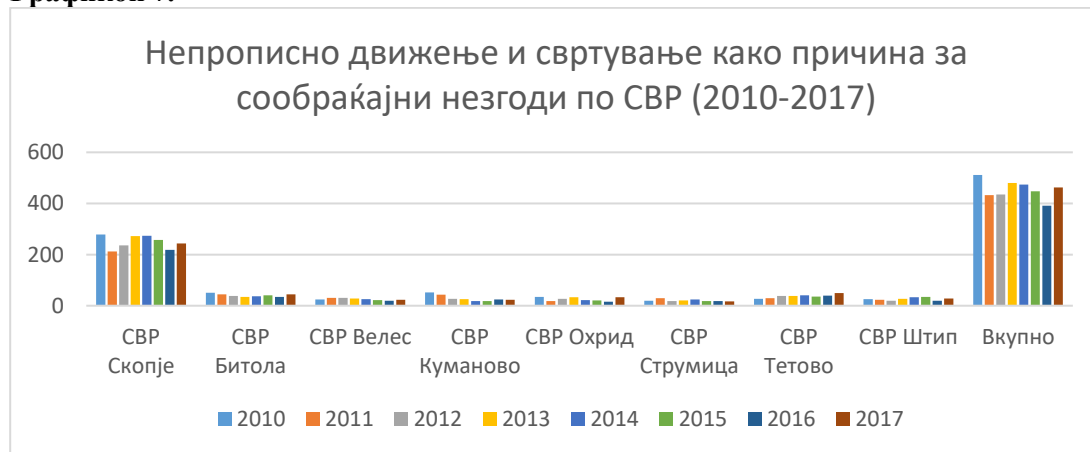
Следна причина за сообраќајни незгоди со потешки полседници е непрописното движење и свртување. Состојбата е особено загрижувачка на подрачје на СВР Скопје. Земајќи ги во предвид и претходно анализираниите причини, може да заклучиме дека треба сериозно да се работи на подигнување на сообраќајната култура на сите учесници во сообраќајот.

Табела 11. Непрописно движење и свртување како причина за сообраќајни незгоди по СВР (2010-2017)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Средна вредност
СВР Скопје	278	212	236	272	273	257	219	244	249
СВР Битола	51	45	38	35	37	41	34	45	41
СВР Велес	24	31	31	28	26	22	20	23	26
СВР Куманово	52	43	27	26	18	18	24	23	29
СВР Охрид	34	18	27	33	22	21	16	33	26
СВР Струмица	19	30	18	21	24	18	18	17	21
СВР Тетово	27	30	38	38	41	36	40	49	37
СВР Штип	26	23	20	27	33	34	20	28	26
Вкупно	511	432	435	480	474	447	391	462	454

Извор: Министерство за внатрешни работи³³

Графикон 7.



Последната, но не најмалку важна причина за сообраќајни незгоди со потешки последици е управувањето под дејство на алкохол. Состојбата со оваа причина е особено алармантна во последните години кога бележи драстичен пораст на подрачје

³³

http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf
<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/56> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

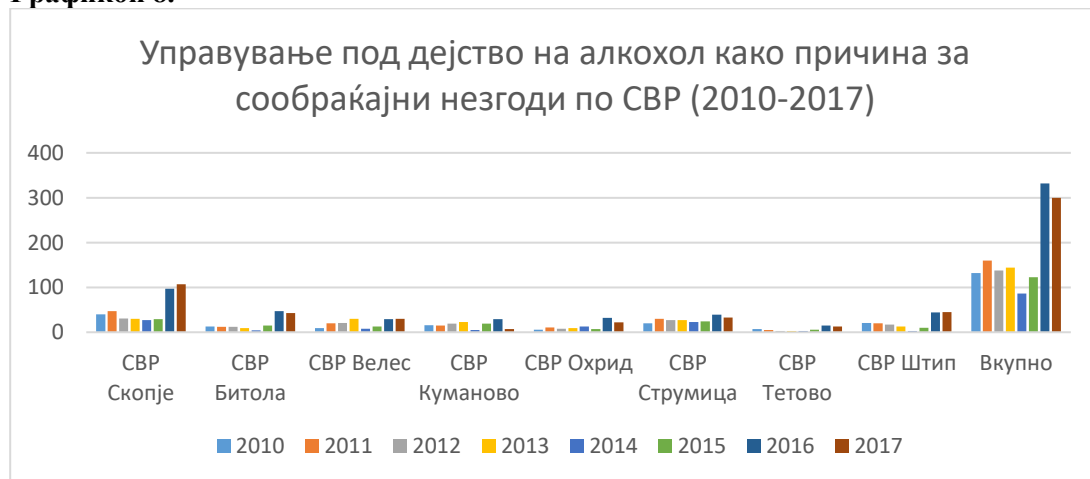
на сите СВР. Ова укажува на потребата за итни мерки со цел сузбивање и превенирање на појавата, и тоа, зголемени контроли, кампањи за подигнување на свеста на возачите и сл.

Табела 12. Управување под дејство на алкохол како причина за сообраќајни незгоди по СВР (2010-2017)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Средна вредност
СВР Скопје	40	47	31	30	27	29	97	107	51
СВР Битола	13	12	12	9	4	15	47	43	19
СВР Велес	9	20	21	30	8	13	29	30	20
СВР Куманово	16	15	19	23	5	19	29	7	17
СВР Охрид	6	11	8	9	13	7	32	22	14
СВР Струмица	20	30	27	27	23	24	39	33	28
СВР Тетово	7	5	3	3	3	6	15	13	7
СВР Штип	21	20	17	13	3	10	44	45	22
Вкупно	132	160	138	144	86	123	332	300	177

Извор: Министерство за внатрешни работи³⁴

Графикон 8.



Според најновите податоци од МВР за 2018 година, најчеста причина за сообраќајни незгоди е брзото возење (27%), потоа, непочитување на првенство на минување (21,8%), следат, недржење страна и правец на движење (16,5%), управување

³⁴http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf
<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/56> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

под дејство на алкохол (15,3%), непрописно движење и свртување (15,1%). Со најмало учество во сообраќајните незгоди е факторот грешка на пешаци (4,4%).

Најголем број сообраќајни незгоди се случиле на подрачје на СВР Скопје (во просек 110). Следат подрачјето на СВР Тетово, СВР Битола, СВР Штип итн. Најмал број сообраќајни незгоди се имаат случени на територија на СВР Струмица. За повеќе податоци, видете ја табелата подолу.

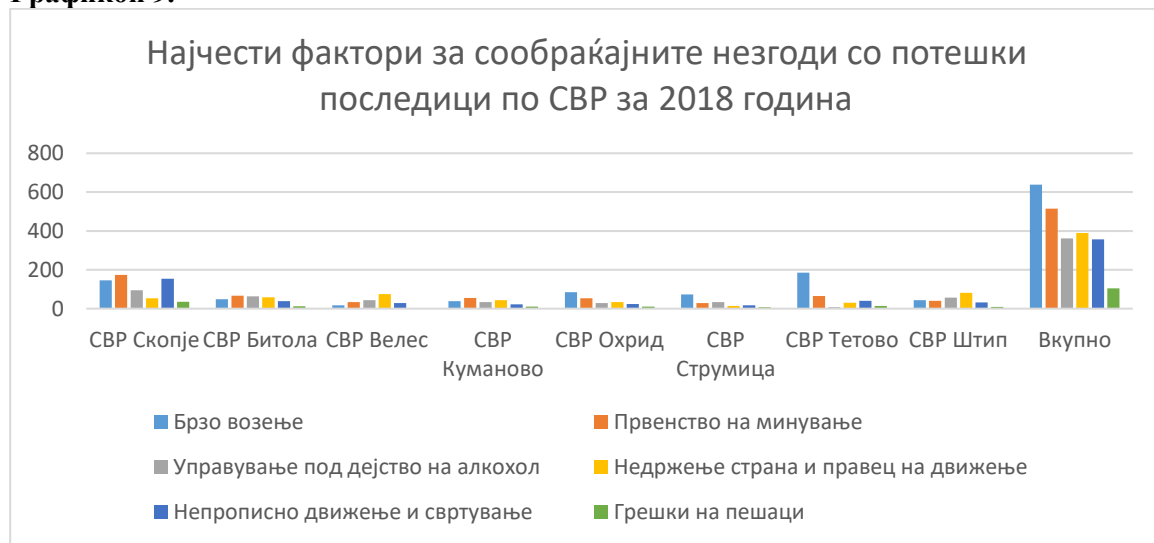
Табела 13. Најчести фактори за случување на сообраќајните незгоди со потешки последици по СВР за 2018 година

	Брзо возење	Првенство на минување	Управување под дејство на алкохол	Недржење страна и правец на движење	Непрописно движење и свртување	Грешки на пешаци	Средна вредност
СВР Скопје	145	174	95	54	154	36	110
СВР Битола	49	66	64	59	39	13	48
СВР Велес	17	33	43	75	28	3	33
СВР Куманово	39	55	33	43	22	10	34
СВР Охрид	85	53	29	33	24	11	39
СВР Струмица	73	28	33	14	17	8	29
СВР Тетово	186	65	8	30	40	14	57
СВР Штип	44	41	56	82	32	9	44
Вкупно	638	515	361	390	356	104	394
%	27,0	21,8	15,3	16,5	15,1	4,4	100,0
Средна вредност	80	64	45	49	45	13	

Извор: Министерство за внатрешни работи³⁵

³⁵http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf
<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/56> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

Графикон 9.



Може да заклучиме дека, етиологијата на сообраќајната деликвенција е мултифакторска, сепак, доминираат субјективните фактор, иако, и објективните фактори имаат значајно влијание. Што се однесува до етиологијата на сообраќајната деликвенција во РСМ, како најчести причини за сообраќајни незгоди се издвојуваат: прво, брзо возење, следуваат, непочитување на правила за првенство на минување, недржење страна и правец на движење, непрописно движење и свртување, управување под дејство на алкохол.

Се препорачува надлежните органи да ги зајакнат контролите на патиштата и да се преземат посериозни мерки, кампањи за подигнување на свеста на возачите и сл., со цел превенирање на сообраќајните незгоди кај кои како причина се јавува брзото возење, како и управувањето под дејство на алкохол.

Понатаму, се препорачува поставување соодветна сигнализација на патиштата.

Со оглед на фактот што во значителен број случаи како причина за сообраќајни незгоди се јавуваат непочитување на правила за првенство на минување, недржење страна и правец на движење и непрописно движење и свртување, треба сериозно да се работи на подигнување на сообраќајната култура на сите учесници во сообраќајот.

3. Превенција

Според Глобалниот извештај за состојбата на безбедноста на патиштата 2018 на СЗО, повредите на патниот сообраќај може да се спречат. Владите треба да преземат акција за да ја решат безбедноста на патиштата на сеопфатен начин. Ова бара вклучување од повеќе сектори, како што се транспортот, полицијата, здравството, образованието и активностите кои се однесуваат на безбедноста на патиштата, возилата и корисниците на патиштата. Ефективните интервенции вклучуваат дизајнирање на побезбедна инфраструктура и инкорпорирање на карактеристики на безбедноста на патиштата во планирањето на користењето на земјиштето и транспортот, подобрување на безбедносните карактеристики на возилата, подобрување на грижата по несреќата за

жртвите на патен сообраќај, донесување и спроведување на законите кои се однесуваат на клучните ризици и подигање на јавната свест.³⁶

СЗО е водечка агенција која соработува со регионалните комисии на Обединетите нации за безбедност на патиштата во рамките на системот на ОН. СЗО претседава со Соработка на Обединетите нации за безбедност во сообраќајот (United Nations Road Safety Collaboration)³⁷ и служи како секретаријат за Декадата за акција за безбедност на патиштата 2011-2020 (Decade of Action for Road Safety 2011– 2020).³⁸ Прогласена со резолуција на Генералното собрание на ОН во 2010 година Декадата за акција беше лансирана во мај 2011 година во повеќе од 110 земји, со цел спасување на милиони животи преку спроведување на Глобалниот план за Декадата на акција за безбедност на патиштата 2011-2020 (Global Plan for the Decade of Acton for Road Safety 2011-2020).³⁹

СЗО, исто така, игра клучна улога во насочувањето на глобалните напори продолжувајќи да се залага за безбедност на патиштата на највисоко политичко ниво; собирање и ширење на добри практики во превенција, собирање на податоци и заштита од траума; споделување информации со јавноста за ризиците и како да се намалат овие ризици; и свртување внимание кон потребата од зголемено финансирање.⁴⁰

СЗО ги поддржува земјите-членки во планирањето, спроведувањето и евалуацијата на политиката за безбедност на патиштата.⁴¹

Во 2017 година, СЗО издаде „Спаси животи: технички пакет за безбедност на патиштата“ (*Save LIVES: a road safety technical package*) со цел преполовување на жрвите во сообраќајни незгоди до 2020 година. Пакетот дава приоритет на 6 стратегии и 22 интервенции кои се однесуваат на факторите на ризик што се истакнати погоре и им дава насоки на земјите-членки за нивно спроведување за да спасат животи и да ја исполнат целта за безбедност на патиштата за преполовување на глобалниот број на смртни случаи и повреди од сообраќајни несреќи во сообраќајот до 2020 година. Шесте основни компоненти на Save LIVES се: прилагодување на брзината, лидерство во безбедноста на патиштата, проектирање и подобрување на инфраструктурата, стандарди за безбедност на возилото, спроведување на сообраќајните закони и опстанок по несреќата (*Speed management, Leadership on road safety, Infrastructure design and*

³⁶ Global status report on road safety 2018. Geneva: World Health Organization; 2018. Licence: CC BYNC-SA 3.0 IGO. (Пристапено на: 5.7.2019 година).

³⁷ <https://www.who.int/roadsafety/en/> (Пристапено на: 5.7.2019 година).

³⁸ https://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/en/ (Пристапено на: 5.7.2019 година).

³⁹ https://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/plan/english.pdf (Пристапено на: 5.7.2019 година).

⁴⁰ Global status report on road safety 2018. Geneva: World Health Organization; 2018. Licence: CC BYNC-SA 3.0 IGO. https://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2018/en/ (Пристапено на: 5.7.2019 година).

⁴¹ Покрај тоа, СЗО соработува со партнери за да обезбеди техничка поддршка за земјите. На пример, СЗО моментно соработува со Иницијативата Блумберг за глобална безбедност на патиштата (BIGRS) (Bloomberg Initiative for Global Road Safety (BIGRS)) 2015-2019 за да ги намали жртвите и повредите од патен сообраќај во целни земји и градови со ниски и средни приходи. Во 2017 година, СЗО издаде Спаси животи: технички пакет за безбедност на патиштата (*Save LIVES: a road safety technical package*), кој ги синтетизира мерките засновани на докази кои значително можат да ги намалат жртвите на патен сообраќај и повредите. Спаси животи: техничкиот пакет за безбедност на патиштата се фокусира на управување со брзина, лидерство, дизајн и подобрување на инфраструктурата, стандарди за безбедност на возилото, спроведување на сообраќајните закони и преживување по несреќата (*Speed management, Leadership, Infrastructure design and improvement, Vehicle safety standards, Enforcement of traffic laws and post-crash Survival*).

improvement, Vehicle safety standards, Enforcement of traffic laws and Survival after a crash).

Во рамки на компонентата за прилагодување на брзината се препорачува преземање на следниве мерки: пропишување и спроведување на закон за ограничување на брзината низ целата земја, локално и во градовите. Потоа, изградба или модифицирање на патишта кои го забавуваат сообраќајот, на пр. кружни текови, стеснување на патот, испакнатини за намалување на брзината („лежечки полицајци“) и нерамни ленти. Исто така, се предлага производителите на автомобили да инсталираат нови технологии, како што е интелигентна адаптација на брзината, за да им помогне на возачите да се придржуваат до ограничувањата на брзината.

Во врска со компонентата лидерство на безбедност на патиштата се предлагаат следниве интервенции. Формирање агенција за поттикнување на безбедноста на патиштата; развивање и финансирање на стратегија за безбедност на патиштата; евалуација на влијанието на стратегиите за безбедност на патиштата; следење на безбедноста на патиштата преку зајакнување на системите за податоци, и подигнување на свеста и јавната поддршка преку едукација и кампањи.

Третата компонента се однесува на дизајн и подобрување на инфраструктурата. Заради остварување на оваа цел се предлага: обезбедување безбедна инфраструктура за сите учесници во сообраќајот, вклучувајќи тротоари, безбедни премини, засолништа, надвозници и подвозници; обезбедување патеки за велосипеди и мотоцикли; обезбедување на безбедност по страните на патиштата со користење на јасни зони, склопувачки структури или бариери; дизајнирање побезбедни раскрсници; посебни пристапни патишта; давање приоритет на луѓето со поставување на пешачки зони без автомобили; ограничување на сообраќајот и брзината во станбени, комерцијални и училишни зони; обезбедување подобри, побезбедни рути за јавен превоз.

Во врска со четвртата компонента стандарди за безбедност на возилото се предвидува: пропишување и спроведување на регулативите за стандарди за безбедност на моторно возило поврзани со: сигурносен појас; прицврстувачи на безбедносните ремени; фронтално влијание; странично влијание; електронска контрола на стабилноста; заштита за пешаците; и ISOFIX безбедносни точки за деца; како и, пропишување и спроведување на прописи за антиблокирачко сопирање за мотори и користење на светла преку ден.

Петтата компонента спроведување на законите за безбедност во сообраќајот, се предлага да се оствари со: пропишување и спроведување на законите на национално, локално и градско ниво за: пиење и возење; кациги за мотоцикли; сигурносен појас; и детски ограничувања.

На крај, во врска со шестата компонента преживување по несреќата се предвидуваат следниве интервенции: развивање на организиран и интегриран систем за итна предхоспитална и хоспитална медицинска помош; обука на оние кои интервенираат при несреќи во примарната итна медицинска помош; промовирање на обука за прва помош во заедницата.⁴²

⁴²World Health Organization. (2017). Save lives: a road safety technical package. World Health Organization. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/255199>. License: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. (Пристапено на: 5.7.2019 година).

Меѓудругото, МВР апелира и на опасноста од т.н. „аквапланинг“.⁴³ Имено, при силен дожд, аквапланингот ги онеспособува за управување сите возила. Оттука, препораката е во услови на влажни коловози секогаш да се прилагоди брзината према условите и состојбата на патот и да се користи дефанзивен стил на возење, како и да не се управува возило со потрошени, стари гуми, а да се почитуваат нормите за изградба на патиштата така што водата од дождот ќе истекува што е можно побрзо.⁴⁴

Заклучок

„Низ секојдневниот метеж од луѓе и возила во кој секој вработен брза да стаса до работното место, студентот до универзитетот, ученикот до училиштето, а невработениот во потрага за парче леб да ја понуди неговата работна сила на некој од пазарите, никој не обрнува внимание ниту, пак, насетува дека за миг може да биде изненаден од тап удар на некое забрзано возило, да стане учесник во сообраќајна незгода или жртва на асфалтот.“⁴⁵

Патниот сообраќај, без сомнение е од огромно значење за општеството во кое живееме. Современиот начин на живеење и не може да се замисли без моторно возило. Меѓутоа, неговото одвивање го следат и низа штетни и негативни појави, често пати манифестирани со сообраќајни незгоди со бројни човечки жртви и немерливи материјални штети. Сообраќајната деликвенција претставува специфичен вид на асоцијална и антисоцијална појава, која произлегува од една општествено-корисна дејност, а воедно како последица на дезорганизираното остварување на сообраќајот. Истата се јавува во вид на сообраќајни прекршоци и сообраќајни казнени дела, зависно од видот на опасноста и предизвиканите штетни последици.

Сложеноста на овој вид криминалитет и деликвенција, бара детално криминолошко и виктимолошко следење и изучување, заради запознавање на механизмите и причините на страдањата и заради превземање на соодветни мерки за нивно сузбивање.

Речиси секојдневно медиумите известуваат за сообраќајни незгоди со потешки последици (загинати и повредени лица и причинета значителна материјална штета). За жал, секој човек е потенцијална жртва, но и сторител на сообраќајна незгода. Секому, во било кое време може да му се случи сообраќајна незгода.

Статистиките потврдуваат дека несреќите во патниот сообраќај сега претставуваат осма водечка причина за смрт на глобално ниво. Повеќе од 1,35 милиони

⁴³ „До него се доаѓа кога автомобилот се движи со голема брзина по влажен коловоз и во еден момент гумите не можат веќе да ја исфрлат водата преку каналите од шарите и притоа се формира „воден клин“, по што гумата почнува да се лизга. Тогаш повеќето возачи ја губат контролата врз возилото и ги фаќа паника, бидејќи не знаат што се случува. Ако однаедш се најдете во аквапланинг мамка, во никој случај не смеете да сопирате, туку само благо треба да ја притиснете папучата од кумшлуг-спојката и држете го управувачот во правецот на возење. Тркалата не смеат ниту да блокираат, ниту да се завртени во погрешен правец, се додека не се поврати контактот со коловозот. Најдобра работа што можете да ја направите кога возите при врнежливо време е да ја намалите брзината на движење, бидејќи при пониски брзини многу ретко доаѓа до аквапланинг.“
<http://www.mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/6> (Пристапено на: 9.7.2019 година).

⁴⁴ <http://www.mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/6> (Пристапено на: 9.7.2019 година).

⁴⁵ *Ibid.*

лица ги губат своите животи секоја година во сообраќајни незгоди, а 50 милиони се повреди.

Во Република Северна Македонија, на секои 55 часа има по една жртва во сообраќајот, годишно во просек гинат 158 лица, а на еден загинат, 40 лица тешко страдаат. И понатаму е голем бројот на деца жртви на сообраќајни незгоди. Најголем дел од жртвите се патници во моторни возила и патници во други транспортни средства, како и пешаци.

Оттука, со право може да се констатира дека безбедноста на патниот сообраќај е загрозена до степен што навистина загрижува. Со право може да се каже дека во ни една друга област на човековите активности не се сторуваат толку казнени дела и прекршоци, како што е тоа случај во областа на сообраќајот. Голем број од учесниците во сообраќајот, најчесто несвесно, а понекогаш и свесно ги кршат нормите во сообраќајот и со тоа ја доведуваат во опасност сопствената безбедност или безбедноста на останатите учесници во сообраќајот.

Етиологијата на сообраќајната деликвенција е мултифакторска. Сепак, доминираат субјективните фактори, а и тогаш кога се истакнува објективен фактор како причина за сообраќајна деликвенција, истиот повторно зависи од човечки фактор.

Со цел превенирање на сообраќајната деликвенција потребно е претходно оспособување и проверка на оспособеноста на сите учесници во сообраќајот за елементарните правила и прописи за движење и однесување во сообраќајот (пешаци, велосипедисти, возачи на запрежни возила и др.), а не само на возачите на моторни возила. Следно, од особено значење е подигнување на сообраќајната култура и дисциплина на сите учесници во сообраќајот.

Потребно е почитување на регулативата во врска со безбедноста на сообраќајот и тоа, одредбите од Кривичниот законик на РСМ, Законот за безбедност на сообраќајот на патиштата, Законот за прекршоците, а во случај на непочитување на истата примена на соодветни казни и санкции. Колку и да зборуваме за превенција на сообраќајната деликвенција, сепак, репресивниот елемент во сузбивањето и превенирањето на сообраќајната деликвенција е неизоставен со цел намалување на казнените дела и прекршоците во областа на сообраќајот.

Сепак, потребни се понатамошни истражувања со цел утврдување на феноменологијата и етиологијата на сообраќајната деликвенција со цел превземање мерки на превенција и репресија.

Референци

Global status report on road safety 2018. Geneva: World Health Organization; 2018. Licence: CC BYNC-SA 3.0 IGO.
https://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2018/en/
(Пристапено на: 5.7.2019 година).

<http://www.mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/6> (Пристапено на: 9.7.2019 година).

http://www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/soobrakaj%20final.pdf
<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakaj/56> (Пристапено на: 4.7.2019 година).

<http://www.stat.gov.mk/PrikaziSoopstenie.aspx?id=12&rbr=3016> (Пристапено на: 5.7.2019 година).

https://docs.google.com/spreadsheets/d/13DbLn6WQ288YssjZwhzO6NHw4Kh5_qdWZuN-6a72ko/edit#gid=1268663980.

<https://mvr.gov.mk/analiza/soobrakjaj/56>

https://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/en/ (Пристапено на: 5.7.2019 година).

https://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/plan/english.pdf (Пристапено на: 5.7.2019 година).

<https://www.who.int/roadsafety/en/> (Пристапено на: 5.7.2019 година).

Ignjatović, D., (2006) “Kriminologija”, Beograd: Nomos.

Konstantinović-Vilić, Slobodanka/ Nikolić-Ristanović, Vesna/ Kostić, Miomira (2012) “Kriminologija”, Niš: Sven Niš.

Milutinović, M., (1979) “Kriminologija”, Beograd: Savremena Administracija.

Šeparović, Z., (1981) “Kriminologija i socijalna patologija”, Zagreb: Pravni fakultet.

Singer, M., Vukadin, I. K. I Mraović, I. C., (2002) „Kriminologija“, Zagreb: Nakladni Zavod Globus, Edukacijsko-rehabilitacijski fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

WHO, ed. (2015). Global Status Report on Road Safety 2015 (official report). Geneva: World Health Organisation (WHO). (Пристапено на: 4.7.2019 година).

World Health Organization. (2017). Save lives: a road safety technical package. World Health Organization. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/255199>. License: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. (Пристапено на: 5.7.2019 година).

Арнаудовски, Љ. (2007), „Криминологија“, Скопје: 2 Август С-Штип.

Закон за безбедност на сообраќајот на патиштата („Службен весник на Република Македонија“ бр. 169/2015, 226/2015, 55/2016 и 11/2018).

Закон за прекршоците („Службен весник на Република Македонија“ бр. 124/2015).

Кајзер, Гинтер (1996), „Криминологија“, Скопје: Александрија.

Камбовски, В., Тупанчески, Н., (2011) „Казнено право–посебен дел“, петто изменето и дополнето издание, Скопје.

Кривичен законик („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 97/2017 и 248/2018).

Сулејманов, З., (2007) „Криминологија“, Скопје: Графос.

АНЕКС

Табела 14. Умрени лица од насилна смрт во Република Северна Македонија, 1994-2018

Умрени лица од насилна смрт во Република Северна Македонија, 1994-2018								
Години	Умрени од насилна смрт во земјата				Структура %			
	вкупно	несреќни случаи	самоубиства	убиства	вкупно	несреќни случаи	самоубиства	убиства
1994	632	471	128	33	100,0	74,5	20,3	5,2
1995	538	380	130	28	100,0	70,6	24,2	5,2
1996	590	402	143	45	100,0	68,1	24,2	7,6
1997	636	438	155	43	100,0	68,9	24,4	6,8
1998	693	497	151	45	100,0	71,7	21,8	6,5
1999	761	542	169	50	100,0	71,2	22,2	6,6
2000	720	512	148	60	100,0	71,1	20,6	8,3
2001	737	455	151	131	100,0	61,7	20,5	17,8
2002	743	525	149	69	100,0	70,7	20,1	9,3
2003	630	428	136	66	100,0	67,9	21,6	10,5
2004	708	473	179	56	100,0	66,8	25,3	7,9
2005	587	392	143	52	100,0	66,8	24,4	8,9
2006	653	435	165	53	100,0	66,6	25,3	8,1
2007	743	536	159	48	100,0	72,1	21,4	6,5
2008	598	397	161	40	100,0	66,4	26,9	6,7
2009	613	417	167	29	100,0	68,0	27,2	4,7
2010	588	422	122	44	100,0	71,8	20,7	7,5
2011	527	370	128	29	100,0	70,2	24,3	5,5
2012	584	378	172	34	100,0	64,7	29,5	5,8
2013	552	364	170	18	100,0	65,9	30,8	3,3
2014	493	311	147	35	100,0	63,1	29,8	7,1
2015	513	361	114	38	100,0	70,4	22,2	7,4
2016	497	354	125	18	100,0	71,2	25,2	3,6
2017	421	278	111	32	100,0	66,0	26,4	7,6
2018	477	336	116	25	100,0	70,4	24,3	5,3
Средна вредност	609	419	146	45	100,0	69	24	7

Извор: Државен завод за статистика⁴⁶

⁴⁶ <http://www.stat.gov.mk/PrikaziSoopstanie.aspx?id=12&rbr=3016> (Пристапено на: 5.7.2019 година).

RIGHT OF RETENTION OF POSSESSION AS A REAL RIGHT OF ENSURING THE CLAIM IN SERBIAN AND COMPARATIVE LAW

Aleksandra Pavićević

PhD, teaching assistant

Faculty of Law in Kragujevac, University of Kragujevac

apavicevic@jura.kg.ac.rs

Abstract

The author discusses the problem of determining the legal nature of retention of possession (*ius retentionis*), as one of the most controversial issues in legal doctrine in relation to this civil law institute. The research sample in the work consists of: positive Serbian law; regulation of 11 European countries; two drafts that pretend to become the future civil law of the Republic of Serbia; and finally, the solution of the Draft Common Frame of Reference for European Private Law (DCFR), which is a potential framework for the future Serbian solution. By using a comparative and axiological method, the author concludes that the right place for retention of possession *de lege ferenda* is in the part of the law that regulates real rights, specifically the rights of real security of claims, instead of the Law on Obligations, which is now the case. He estimates that, although right of retention does not have all the elements of the rights of real guarantees (in particular, it lacks the right to follow the object), it nevertheless, functionally, with its object and effect, belongs to this group of subjective civil rights. For this reason, the author determines its legal nature as - *sui generis* real right of securing claims that is incomplete, and which is realized by authentic technique, through self-help.

Keywords: real right; the right of real securing claims; right of retention; right of settlement; self-protection

1. Introduction

Retention is a specific civil right institute indirectly emerging on the basis of law and authorizing the creditor (the retinent) of due and outstanding claims to retain the debtor's thing, already in his hands, until the settlement; as well as to get settled in the value of the thing under conditions prescribed by the law. The aforementioned institute causes numerous controversies within the Eurocontinental doctrine, where the legal nature of retention is one of the most disputable issues. Given the fact that different countries' legal texts are not dealing with this issue (which is quite logical, since it does not fall under the legal dogma domain), we have to look for an answer in domestic and foreign lawwriters' positions. Formerly, but also nowadays, understandings of what is the legal nature of retention have varied, and determinations differ to such extent that the retention is not always explained as a subjective

civil right , but also as an authorization ; as a legal power ; as an ordinary instrument for protection of rights; or via general self-help theory .

Even though the position, according to which the retention is a subjective civil right, is a predominant issue in contemporary legal theory , interpretations do not defer much as of today. Apart from some authors who deprive the retention of having subjective civil right feature (thus reducing it to the level of substantial legal objections), it is of no surprise to compare retention with the legal power (as the two hold certain common characteristics). Finally, within the hypothesis defining the legal nature of retention as a subjective right, it must be further precised whether it refers to: the real right or to the obligation right, or to the so called „negative right“. Additionally, it is important to ascertain whether such qualification substantially denies understanding of retention as a self-help or its nature might be defined as complex.

There are also some opinions in the doctrine (admittedly not many of them present) that each attempt of determining the legal nature of retention is vain, unnecessary and practically irrelevant, given the fact that the institute is as such-operational in practice. Nevertheless, we believe that this is an ungrounded position, since the scientific task is to give an explanation for each of the institute in a legal and dogmatic way, locate it in a legal system as adequately as possible and link it to the similar allied institutes. Due to that, determining the legal nature of retention is an unavoidable and even a substantial issue about this institute. Legal provisions regulating retention are understated, by the rule, thus leaving many legal leaks that must be fulfilled in practice, where, to that end, the most helpful one proved to be the doctrine with its interpretation. Besides that, science will contribute to more even practice and to a legal certainty by offering its regular and generally acknowledged interpretation of the legal nature of retention.

The issue of determining the legal nature of retention is even far more complex if we take into account that our research sample consists of diverse European regulations that: a) have different concepts of retention (ordinary or qualified); then those b) even if having the same concept, they know numerous retention modalities (different from the basic general model), and whose legal nature varies. Thus, grounds for our comparative analysis might be found in a regulation that has a form of retention, most widely accepted in our research sample, where the qualification of retention is underlined not only in our domestic legislation, but also in the Draft Common Frame of Reference for European Private Law (DCFR), being a representation of the original framework for the future Serbian solution. In addition to that, grounds for the analysis are found in domestic and foreign lawwriters' positions, comprised in the most relevant literature from this scientific field. Given that the issue of the legal nature of retention is broad and disputable, we will focus in our work on looking at one of its significant segments. The purpose of this comparative analysis is to verify the hypothesis established in our work, stating that it refers to the real right and not to the obligations, i.e- that it concretely refers to the private right of real securing claims.

2. Retention standardization in different European regulations

One of potentially significant aspects for determining the legal nature of this civil right institute is its standardization in certain legislations. Therefore, systematical interpretation of the legal term of retention can be added to its linguistic interpretation, via its placement in the civil right system. We will start from the Serbian law in taking an overview of the legal

solutions, following by standardization of retention in some comparative European solutions and then looking into the drafts that pretend to become future Serbian law with a final reference to the Draft Common Frame of Reference (DCFR) from 2008.

2.1. In Serbian law

When it comes to the positive law in Serbia, the retention is regulated in the Article 286 of the Law on Obligations by the following definition: “A creditor of due claims who holds some debtor’s things in his hands, has the right to retain it until the claims are paid.” Part of the said law in which the retention is standardized is the chapter III that regulates creditor’s rights and effects of debtor’s obligations (section 3.), along with impugment debtor’s legal transactions and the right to making amends (sections 2. and 1.).

By analyzing legal systematics, one can get the impression that the domestic legislator intended to qualify retention exactly as an institute of obligations, of relative right effect (inter partes), with the aforementioned institutes – as the most allied ones. Therefore, it might be a priori concluded that the retention is not one of the real rights, since it is not regulated by the Law on the basics of property right relations, and is not a part of the numerus clausus of the real rights of the Republic of Serbia. However, we have the impression that such conclusion is not likely to be drawn prior to the assessment of this institute’s key elements, such as: the object it refers to, the function it holds, its contents and effects. In our opinion, current standardization of retention in Serbian law is the exact indicator how insufficiently clear is the interpretation of the legal nature of the institute that is “on the verge” between the real right and the obligation right.

2.2. In the neighboring countries sharing the common legal tradition with Serbia

In national legislations of the countries emerged after the breakup of Former Yugoslavia, the right of retention is standardized in a similar way as in the Serbian law. Namely, in Croatian, Slovenian, Macedonian, Montenegrin and in laws of Federation of Bosnia and Herzegovina and Republic Srpska, the retention is also regulated in the existing Law on Obligations, not in the real right regulations. In so doing, only the titles of this institute vary in the said regulations : “pravo zadržavanja“; “pravo zadržanja“; „pravo na zadržavanje“ and “pridržna pravica“.

Contents of retention envisaged by these regulations is almost alike, and as well as in the Serbian law states that: the creditor of due but outstanding claims is authorized to retain the debtor’s thing in his possession, until the claims are settled, and that, after timely notifying the debtor, gets settled in the value realized from selling the thing-in accordance with the rule of settling the pledge”. So, the choice of the said lawwriters to standardize retention among institutes of the Law of Obligations, simultaneously attributing to it similar contents as in pledge, has undoubtedly caused a dilemma in these countries’ legal doctrine, and totally hindered determination of its higher gender term (genus proximum). Therefore, it is of no surprise that a part of the Croatian doctrine concludes that it refers to sui generis institute with “dual legal nature”, in which the elements of the real right and the obligation right overlap.

2.3. In certain European regulations with long-standing Civil Code tradition

A. German and Austrian laws are traditionally familiar with the concept of general civil right retention of reduced, obligation right effect (opposite to the retention of local commercial law).

In German Civil Code, the right of retention is regulated in the part of the Code dealing with the Law of obligations, together with the retention of commission (a sub-kind of retention in general) and is standardized as a private objection of the creditor against delinquent debtor. Namely, in § 273 determination of the institute *Zurückbehaltungsrecht*, was described as the right with pure relative right effect *inter partes*; of private character; affecting only the creditor and the debtor, without third parties. German doctrine treats this institute – in a systematic, normatively technical way, defining its effect and contents as an obligation right in deprivation of owed commission. Therefore, the nature of German civil retention amongst local lawwriters is not initially under dispute. Its exclusive role is to strengthen legal creditor's position in relation *inter partes*, and in the function of protecting general principles: conscientiousness and good faith (*bona fides praestare*) and broadly – prohibition of abuse of rights.

The retention is similarly determined in the Article 471 of the Austrian Civil Code, but only in the cases of existence of substantive interconnection. It is interesting that in Austrian doctrine, there is a conclusion of majority that the nature of retention corresponds to the obligation right, despite the place it takes within the Austrian Civil Code system.

B. French and Italian law. French (Article 2286 of the French Civil Code) and Italian regulations initially adopt the model of obligation right retention. A part of the local doctrine emphasizes that the retention (*droit de rétention*) has mostly relative right effect; it represents the means of exerting pressure on the debtor by refusing restitution of things; without typical real right effects: right to follow; right of settlement and right of priority. Nevertheless, these legislators are trying to provide stronger effects to retention than the originally weaker one, in an indirect way.

C. Swiss law. This regulation is a specific one as it is the only substantial law from our sample according to which the retention (*Retentionsrecht*) in the Article 895-898 of the Swiss Civil Code is unequivocally determined as the real right institute, i.e. as a part of *numerus clausus*. Thus, logically, it is, as such, regulated in the part of the Civil Code standardizing real rights of securing claims as a subtype of chattel mortgage (in movable property). Significance of this Swiss solution lies in the fact that exactly this regulation was a paragon for Serbian legislator to set up the general model of retention when it comes to its contents (the right of retention and settlement), but obviously not when it comes to the place of its standardization within the civil right system.

2.4. In two domestic drafts solutions pretending to become future Serbian law

As far as future Serbian regulation is concerned, two existing drafts' solutions foresee different place in the system, and even partially different contents of the right of retention. Namely, solution of the Preliminary draft of Serbian Civil Code with public debate underway, maintains the retention in the same place in the civil rights system – in the obligations, not in the real right part of the Code.

However, solution of the Draft of the Law on property and other real rights of Serbia, from 2011, explicitly standardizes retention along with pledge, as one of the real rights of securing claims, i.e. as a part of the numerus clausus of the future real rights *iura in re aliena*. The proposal for the future regulation is completely harmonized with the idea of the Swiss model and in our assessment, adequately reflects the legal nature of this institute.

2.5. In the text of DCFR

DCFR's solution, i.e. draft's solution of the model rule within the *Acquis Communitaire*, explicitly qualifies retention as one of the rights of real securing claims in movable property. This solution is, together with the Draft from 2011, the only one from our research sample that explicitly determines the retention as the real right of securing claims. Besides that, it is a part of the soft law within the EU legislation that domestic law should be harmonized with, so it is even more important to have this solution considered in details, in comparison to the previous ones.

Precise systematics within the draft emphasizes the fact according to which the retention, even though not a classical real right of securing, is a sort of a real guarantee falling under the special subgroup of the rights of real securing, concretely under: „other real rights that are considered as rights of real securing according to the book IX of DCFR“.

Hence, creators of the Draft respect the fact that the retention is not a classical real right of securing, but it „acts“ as such a right, and is surely one of the recognized security rights in movable property. The said characteristic is obvious in the following qualification of retention: „this right of retention leads to creation of the possessory title of real securing of claims“. In addition to pledge and retaining property as a guarantee, it is the third standardized form of the real guarantee in movable property; of strictly ancillary nature (with the function of providing the main right - the right of claim); of possessory (possessory title's character) . Thus, retention within the DCFR is determined as one of the three possible ways (techniques) of constituting real guarantee: 1) by providing security; 2) by retaining possession over the sold item; and 3) by creditor's ability to secure himself by the right of retaining possession over the debtor's thing. Retaining the possession over tangible assets reflects one of the three ways of obtaining real guarantee of the creditor on his debtor's things.

In this way, in our opinion, it is not disputable that the retention within the DCFR is regulated as the real right of securing claims in movable property, according to which even its legal nature of the real guarantee is – indisputable. However, this confirms the fact that its effect towards third parties endures certain limitations. General (original) limitations of retention's effect towards some categories of the third parties are given in the DCFR, encompassing even legal limits when it comes to „breaching“ third parties' interests, with some sort of „stronger“ right over the retained thing.

3. Doctrine understandings on retention as a real right

Real rights are a sub-kind of the absolute rights with all their characteristics, but they also have a range of their own. Specific characteristics of the real rights are stated in the doctrine as follows: their object is a tangible asset (movable or immovable property), which is

why they are called „rights in things“ (ius in re); according to the rule, rights in things, depending on the kind, authorize titular to a range of positive authorizations such as: right in possession actual, exploitation, usage and possession of the thing (factual and legal); they give the right to follow; contain right of priority; the principle numerus clausus applies to them. Besides these generally accepted principles, some authors are mentioning specialty and publicity. Subjective real rights emerge for the sake of some thing, providing titular with an indirect legal power, and his authorizations originate indirectly on the basis of law. Power's scope and contents depend on the kind of the real right - so it may be a complete (property) or a limited (other real rights, a.k.a. iura in re aliena).

By comparing retention's characteristics with the real right elements, we note numerous common, but also a few different characteristics. Thus, the retention has a majority of the aforementioned real right characteristics, but not the right to follow, which simultaneously represents an important feature of this absolute rights group. Apart from that, positive attributes within the contents of the right of retention are disputable in some regulations, as well in the part of the doctrine defining this right in a strictly negative way, like the right to say no to anyone who wants livery of the retained thing. In this way, part of the Italian doctrine points out that the major obstacle when it comes to classifying retention among the group of the real rights of security – is exactly numerus clausus principle, as well as the absence of positive retinent's authorization to the thing (the right to use, products appropriation and alike), especially the right of priority settlement. Nevertheless, there is a specific relation in Italian law between the so-called „simple retention“ (ordinary retention of things) and „preferential retention“ - as a means for applying legal privileges. In this way, the first is a classical institute of law on obligations, while the latter is „of undoubtedly more real nature“.

In domestic law and in laws that acknowledge qualified retention (and possibly indicate to proper application of some or of all provisions of pledge for unregulated issues), the existence of numerous retinent's prerogatives is yet certain. Those imply: right in possession actual of the retained thing; right of settlement, right of priority, secured right in bankruptcy, and so on. On the other side, the retinent is neither authorized to use the thing during duration of retention's relation, nor authorized to actual possession, or his right in the thing.

Apart from that, like other real rights, the retention also does not lapse; being also a sole right, so there cannot be two rights of retention of different titular on the same thing. Disputable fact in the legal theory is retention's effect erga omnes – as real rights are absolute in nature. A part of the doctrine considers retention's effect erga omnes disputable, while the other part of the doctrine even rejects its effect towards third parties. Stands of Croatian doctrine regard the retention as an „independent real right in alien thing“, with key argumentation that the retention is „generally opposing right“. Another Croatian author, advocating the stand that the retention is of absolute and real right nature, adduces to the identical argumentation and to the fact that the retinent is settled according to the rules on settling the pledgee.

A part of the French doctrine also recognizes real right with the effect erga omnes in retention, even despite: an absence of explicit legal norm in this context; a lack of parallel with pledge; and a lack of right of settlement and right of priority in that legal system. In this way, the retention is determined as precarious possession effect, and as such is generally opposing, so, it is the right of the real right nature, though without the right to follow. Also, some Italian authors define retention as the real right (a kind of legal privilege) reflecting the narrowest relation between the retinent and the thing, that is generally opposing, and does not lose any

of its real right characteristics, even when *ius distrahendi* is not recognized to this right's titular.

What can be concluded is that retention's effect is indisputably broader than the relative one, as it acts towards the debtor, and towards all third parties that have pretensions over the thing. It refers to: universal and singular successors of the debtor as the thing's owner, his other creditors, as well as to the thing's owner if the retention is obtained in accordance with rules on obtaining from unauthorized person. According to its effect, the retinent can reject their request for livery of the things, out-of court or in-court, by retention's objection (or by countercharge). Yet, the retention does not offer the possibility for the retinent to protect himself with petitory charge in a situation where any third party (including the debtor) disables or impedes the exercise of this right. The only protection he can get is possessory.

Along with that, there is, conditionally speaking, an issue of locating the retention in a system given the principle *numerus clausus* of the real rights, that can be understood in two ways: 1) a circle of these rights has been assigned in advance and is impossible to be expanded or 2) *numerus clausus* of the real rights is not once – and for all determined and unchangeable, but dictated by the legislator. Another approach is, as it seems, generally accepted, primarily when real means of security are concerned, whose number has been growing over latest decades. Therefore, given the fact that even the right of retention also contains key real rights elements, we are of opinion that there is no disturbance for this right also to enter the *numerus clausus* of domestic real right. What is considered as even more significant is the other aspect of this principle – that the retention cannot be conceived in different contents other than those prescribed by the law.

Out of the aforementioned we can conclude that the retention is the real right, even though it lacks a real right attribute – right to follow retained object, as a possibility to exercise its right against any third party who holds the thing in his hands (with or without legal grounds). Namely, according to our assessment, it is not a disturbance, given the other characteristics, that the retention is marked as the real right, and to the very least as the quasi real right, an expression used by some of the authors for registered possessory liens and the right of prior purchase. Finally, in our opinion, the retention has more real right characteristics, if possible to say so, than of the registered possessory liens, lacking in possession actual, that, let us say, have no positive authorizations.

3.1. Understanding the retention as one of the real rights of securing claims

Authors who determine retention as the real right and, according to the rule, locate it next to the pledge as one of the allied institute whose *genus proximum* – is the right of real securing claims. In this way, as substantial arguments for this systematics, lawwriters cite the following: this right has the function of securing claims; secured object is the thing (real guarantee) which is, according to the rule, earnable, necessarily alien; possession actual of the thing provides publicity of the real right; the right acts even towards the third parties; the retinent is the titular of the right of settlement and the right of priority (who has the feature of secured creditor in bankruptcy), settled the same way as a pledger (even when such a right is not explicitly acknowledged to him by the law, he again has it like a titular of a kind of „over privilege“). In addition to that, Swiss doctrine considers that the transferability of the retention is also permitted, along with the cesser of secured claim.

Such understanding is primarily advocated by the lawwriters of the countries knowing retention as: 1) explicitly regulated in the law as one of the real right of security, and those are Swiss authors (who see the nature of this institute as not at all disputable or least disputable); 2) then, authors of the countries whose legislator regulated the retention on the basis of the Swiss unique model of civil and commercial law retention, i.e those who are familiar with the qualified retention (including some domestic authors and authors from neighboring countries); and 3) part of the doctrine of those countries which do not standardize retention among the real right, or it is adjusted by the pledges, or they explicitly acknowledge to it the real right character, and to a less extent, regulate it as the right of priority settlement.

First two said groups of authors recognize this nature of the retention in the countries adopting the qualified retention concept. In this way, some authors point out that: „the retention is not a typical right of the real securing claims“, but certainly is one of them, even though atypical, analyzed within the group of the real right of security. Other domestic authors highlight that the retention is: „ius in re, even though it does not give the right of settlement from the retained thing“ (this retention effect existed in pre-war legal rules, prior to Law of Obligations was adopted, but the author, even such-weakened retention in contents, undoubtedly determines as the right in things, and not between the parties).

That assessment is completely justified, as this retention, according to our assessment is a limited real right, most alike to the legal pledge. Yet, the last group of authors is considerably more audacious in such assessments, mostly because they are in minority among local lawwriters. Namely, part of the French doctrine and legal practice, as well as Austrian lawwriters, qualify the retention as a real securing claims, having general opposition and effect erga omnes, which is why it is undoubtedly both absolute and real right, and not the obligation right. However, critics of this position, on the other side, highlight that broader opposition of the retention, „is not the consequence of its real nature, but only the obligation of the third parties to de iure respect the state created de facto“.

On the other side, in Italian law, where the ordinary retention exists (only the keeping of the debtor's thing) in one situation all the Italian authors acknowledge to it the real right character: that is the case when the retention is connected to the legal privilege on movable property, when the legal owner of the so called preferential retention has also the right of priority settlement.

4. Conclusion

Based on previous analysis of diverse legal solutions and doctrine stands on the legal nature of retention, we can conclude that the retention is a subjective civil right that primarily contains real right elements and whose nature might be defined by applying criterion „of a prevailing element“ in its complex structure. Dominant segments, according to our assessment: emergence for particular thing, in which titular has immediate legal (also marked with possession actual); his authorizations emerge immediately on the basis of law and are positive in principle; with the right of priority (in all obligation rights; but also in real rights in the same thing that later emerged); debtor and third parties are obliged to act in a passive way, i.e. act of omission in relation to the thing. The retention falls under limited real rights in alien thing, when it comes to the group of real rights because of the said. Yet, retention is in our opinion, incomplete real right (deprived of the right to follow), thus making it a unique institute.

Key points of the right of securing claims are: 1. Rights of security are linked to the main right they secure, i.e. they are secondary, serving no purpose without the main one. That is the case with retention as well – it is the accessory of the claim and no one disputes it. It is an explanation that right of security is in question. 2. That this is real, and not personal security is explained by the fact that its object is the thing, that the thing owes, and not that an individual guarantees, which no one disputes when it comes to retention. In the dominant model of regulations, the retention is conceived as a right of real securing claims, most alike to the pledge. Given the fact that this refers to the real right of securing claims, and not to the Laws of obligations, according to that idea, the retention should be standardized in the upcoming Serbian Civil Code. Not only is this the choice of the Swiss Civil Code's creator (as the most contemporary codex from our sample), but also, at the same time (that is even more significant), the choice of DCFR's creator.

Higher genus concept of retention (*genus proximum*) is the right of real securing claims, while its specific difference (*differentia specifica*) is the way of its exercise - self-protection. In this way, by merging characteristics of the right of real security and self-protection, it is possible to design original qualification of retention, that in the best way reflects its specific legal nature, and that is: authentic right of the real self-insurance. Contrary to the other rights from this group, retention is not emerging on the basis of will of the obligatory party, but immediately on the basis of law, in narrower sense; and exactly because of that (because it emerges against the will of the party whose assets it affects), it is not standardized as fully shaped real right (it lacks the right to follow), but as an incomplete real right. The way it is realized is personal – like a self-protection, which is its main feature for easy differentiation from contractual lien.

REFERENCE

- Austrian Civil Code from 1811. (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch - ABGB).
Aynes, M. Cours de droit civil, Les sûretés, Édition Cujas, Paris, 1986.
Aynes, M., Les sûretés – la publicité foncière, 1995-1996.
Babić, I., Leksikon obligacionog prava, Službeni glasnik, 2008.
Bandrac, M., Crocq, P., Droit de retention, Nature juridique, Qualification de sûreté ou de garantie, Revue trimestrielle de droit civil, No. 4., 1995.
Barba, A., Voce Ritenzione, in Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1989.
Bartoš, M.; Marković, L., Građansko pravo – prvi deo, Stvarno pravo, Beograd, 1936.
Basso, P., Il diritto di ritenzione, Giuffrè Editore, Milano, 2010.
Caravelli, C., Teoria della compensazione e di diritto di ritenzione, Milano, 1940.
Cigoj, S., Institucije obligacij, Posebni del obligacijskega prava kontrakti in reparacije, Ljubljana, 1989.
Coppel, A., Pfandrecht und Retentionsrecht des Frachtführers, Inaugural-Dissertation, Würzburg, 1896.
Creifelds Rechtswörterbuch, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997.
Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Tom drugi, Beograd, 1978.
French Civil Code from 1804. (CC).
Gams, A., Osnovi stvarnog prava, Beograd, 1971.
Gardani, D. L., Voce Ritenzione, in Digesto delle discipline privatistiche- sezione civile, Torino, Utet, vol. III, 1998.

- German Civil Code from 1896. with later edits (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB). URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Accessed: 15. 04. 2019.
- Guillouard, L., *Traité de nantissement et du droit de rétention*, Paris, 1896.
- Hiber, D.; Živković, M., *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet u Beogradu, 2015.
- Italian Civil Code from 1942. (Codice Civile).
- Ka novom stvarnom pravu Srbije (Auf dem Wege zu einem neun Sachenrecht Serbiens), Beograd, 2007.
- Klang, H., *Gründriss des bürgerlichen Rechts*, Wien, 1988.
- Klarić, P., *Pravo zadržanja*, Informator, No. 4073, 1993.
- Korn, F., *Das Kaufmännische Retentionsrecht nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch*, Inaugural-Dissertation, Tübingen, 1881.
- Koziol, H.; Welsser, R., *Gründriss des bürgerlichen Rechts*, Wien, 1988.
- Lazić, M., *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, 2009.
- Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996.
- Lorenc, R., *Pravo zadržanja (ius retentionis)*, doktorska disertacija, Beograd, 1966.
- Marty, Raynaud, *Droit civil*, Tome III, *Les sûretés la publicité foncière*, Paris, 1971.
- Mauger, Ch. *De la nature de droit de retention*, Paris, 1900.
- Mintas-Hodak, Lj., *Retencija u pomorskom pravu*, *Uporedno pomorsko pravo*, No. 1, vol. 31, 1989.
- Obligacijski zakonik Slovenije, Uradni list Republike Slovenije br. 97/07.
- Oftinger, K., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1952.
- Orlić, M., *Pravna priroda zakupa*, doktorska disertacija, Beograd, 1974.
- Pavićević, A., *Građanska i trgovačka retencija*, *Pravni život*, knj. 601, No. 11, 2017.
- Pavićević, A., *Pravo retencije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2016.
- Pavićević, A., *Pojam retencije u domaćem i uporednom pravu*, *Pravni život*, knj. 576, No. 10, 2015.
- Perić, Ž., *Specijalni deo Građanskoga prava*, *Stvarno pravo*, Beograd, 1920.
- Petrić, S., *Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu*, Split, 2004.
- Planojević, N., *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012.
- Popov, D.; Cvetić, R.; Nikolić, D., *Praktikum za građansko pravo*, knj. 2 *Stvarno pravo*, Beograd, 1992.
- Pravna enciklopedija 1*, Beograd, 1985.
- Pravna enciklopedija*, Beograd, 1979.
- Prednacrt građanskog zakonika Srbije
URL:https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/260615-nacrt_gradjanskog_zakonika.html. Accessed: 10. 05. 2019.
- Rašović, Z., *Založno pravo na pokretnim stvarima*, doktorska disertacija, Beograd, 1991.
- Scapel, C., *Le droit de rétention en droit positif*, *Revue trimestrielle de droit civil*, No. 3, 1981.
- Semiani Bignardi, F., *Ritenzione o no*, *Rivista di diritto processuale*, 1962.
- Söergel, S., *Bürgerliches Gesetzbuch*, III Band, *Sachenrecht*, Stuttgart und Köln, 1955.
- Stanković, O.; Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd, 1994.
- Stanković, O.; Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd, 1996.
- Stojanović, D., *Stvarno pravo*, Kragujevac, 1998.
- Swiss Civil Code from 1907. (Schweizerisches Zivilgesetzbuch).

- Tuor, P.; Schnyder, B.; Schmidt, J., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich, 1995.
URL: http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm. Accessed: 05. 05. 2019.
URL: <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/471>. Accessed: 01. 05. 2019.
URL: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4560B3C16E1F5CB8B5FF3973362C8F4E.tpdila23v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150114&cidTexte=LEGI TEXT000006070721&dateTexte=20150626. Accessed: 01. 12. 2018.
URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>. Accessed: 25. 04. 2019.
Vizner, B., Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga 2, 1978.
Volmer, M., Unterschied des kaufmännisches Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes, Inaugural-Dissertation, Berlin, 1895.
von Bar, C., Principles, Definitions and Model Rules of European private Law (CCBE). URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf. Accessed: 14. 05. 2019.
Vuković, M., Pravo trgovačke retencije, “Spomenica Mauroviću”, 1934.
Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore „Sl. List Crne Gore“, br. 47/08, 04/11.
Zakon o obligacionim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, „Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89; “Službeni list RBiH”, br. 2/92, 13/93, 13/94, 29/2003 i 42/2011); “Službeni glasnik RS”, br. 17/93 i 3/96, 37/2001, 39/2003 i 74/2004.
Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije „Službeni list SFRJ“, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; „Službeni list SRJ“, br. 31/1993; „Službeni list SCG“, br. 1/2003.
Zakon o obveznim odnosima Hrvatske, NN br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/2015, 29/2018.
Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa Republike Srbije („Službeni list“, br. 6/1980, 36/1990; „Službeni list SRJ“, br. 29/1996; „Službeni glasnik RS“, br. 115/2005).
Закон за облигационите односи на Република Македонија, Службен весник на РМ бр. 18/2001.

THE CHANGES IN THE MATRIMONIAL PROPERTY REGIME IN CROATIA – THE UNFINISHED QUEST FOR IMPROVEMENT

Ana Radina

PhD, Assistant

Faculty of Law, University of Split

ana.radina@pravst.hr

Abstract

Croatian family legislation went through several reforms in the last twenty years and this paper focuses on the matrimonial property regime after the most recent legislative intervention in 2015. The Family Act 2015 tried to attach more importance to the matrimonial property relations, thus providing for some significant changes and novelties. While there were certainly legitimate aims behind the changes introduced, for example increasing the level of legal certainty in the real estate trading or the protection of the child's wellbeing in the cases of breaking the family union with respect to its right to habitation, it is doubtful whether those aims are achieved. The relevant provisions of the Family Act 2015 raise some serious concerns and generate certain new problematic points but at the same time leave previously opened issues unresolved. The author analyses the regulation of the matrimonial property regime with the purpose of detecting its advantages and its shortcomings as well as indicating the possibilities for improving the existing situation.

Keywords: *Spouses, Matrimonial property, Administration of property, Liability of spouses, The family home*

1. Introduction

During the last two decades Croatian family legislation went through several reforms and the focus of this research is the matrimonial property regime after the most recent legislative intervention in 2015. The specific nature of relations within the family also requires special regulation of certain aspects of property relations established between the family members. The marital union implies exercising of different property interests of spouses and in the case of divorce there will be property issues to resolve which in practice often leads to long-lasting court proceedings. The property relations were long considered as a less important part of the family law. The situation has been changing but not in a comprehensive and thought through manner.

Overall, in the area of matrimonial property relations the Croatian legislator did not succumb to the hyperregulation trend, but it tried to attach more importance to this part of the family law. The Family Act 2015 includes only fourteen articles (arts. 34 - 46) on the matrimonial property relations which, at the same time, provide for some significant changes and novelties with a view to increase the level of legal certainty in the real estate trading; provide more protection for the third parties entering legal transactions with one of the spouses and for the

other spouse who did not take part in the transaction; protect the child's wellbeing in the cases of breaking the family union with respect to its right to habitation in the family home.

There were certainly enough of the legitimate aims in the basis of the changes introduced however it is doubtful whether those aims are achieved. The modified regulation of the matrimonial property relations seems to generate some serious concerns while at the same time leaving previously existing issues unresolved. Hence, the relevant provisions of the Family Act 2015 governing the property relations of spouses will be analysed in this paper with the purpose of detecting its advantages as well as its flaws and the possibilities for improving the existing situation.

2. Legal regime of the property relations of spouses

The property relations of spouses are governed by the relevant provisions of the Family Act 2015 unless the spouses agree otherwise (art. 34). According to art. 38, matters of property relations of spouses that are not regulated specifically by the Family Act 2015 shall be settled on the basis of the relevant rules of the law of realty and the law of obligations. Therefore, the Family Act is *sedes materiae* of the material and procedural family law as well as the *lex specialis* for governing the matrimonial property relations. It is important to keep in mind these provisions, especially art. 38, as the latest interventions in the text of the Family Act brought some unnecessary repetitions of the relevant provisions from other applicable laws together with creating certain confusing divergences from those laws and leaving some important gaps unfulfilled.

2.1. Matrimonial property and separate property

Pursuant to art. 35 of the Family Act 2015, spouses may have matrimonial property and separate property. Matrimonial property includes all the property that the spouses acquired through their labour during the marital union or which originates from that property (art. 36 § 1). As we see here, essential elements of acquiring the matrimonial property, which also determine its structure, are labour, the duration of the marital union, and the object of the matrimonial property .

It is important to distinguish the duration of marriage and the duration of marital union because the latter is the time reference for determining the structure of the matrimonial property. The marital union is a legal standard, a factual situation that implies the existence of all the usual contents of conjugal life. Therefore, the marital union ceases to exist if the spouses terminate all mutual relations that are otherwise a part of conjugal life because they no longer want to live as a married couple. The duration of the marital union does not have to coincide with the duration of marriage. Not only the divorce proceedings may be ongoing after the termination of the marital union, but the proceedings regarding the property relations of (ex) spouses may last long after the divorce is finalised (and they usually do).

The only details regarding the structure of the matrimonial property are the provisions providing explicitly for the profits from games of chance and the benefits from copyright and related rights gained during the marital union as parts of matrimonial property (art. 36 § 2). This determination is supplemented by the courts' jurisprudence which includes in the matrimonial property e.g. all the revenues accrued on the basis of the labour contract, property and rights acquired as the compensation for the damaged or destroyed property or right which was a part of matrimonial property, fruits of the (movable and immovable) property which represents matrimonial property .

The property owned by the spouse at the time of entering into the marriage as well as the property that he/she acquired during the marital union (but not on the grounds of labour, games of chance or copyright) remains his/her separate property (art. 39). For example, it is the property spouse acquires by inheritance or gifts. The copyright is expressly prescribed as separate property of the spouse who created it (art. 39). Jurisprudence determined that the spouse's separate property are also e.g. financial assets received as a compensation for damages suffered due to loss event and the property acquired under special privileges (like the rights of defenders or the victims of the Homeland War).

Within this context there are certain long-standing open issues regarding the status and the governing of the stocks and business shares in companies, rights regarding bank savings and life insurance, right of usufruct, managing the claims spouses have against debtors, etc. For example, stocks and business shares in companies can also be the subject-matter of the division of matrimonial property, however they are not classical ownership rights (and the spouses cannot be regarded as co-owners) but rather specific contractual relations entered into by investing money and property. The situation is even more complicated when only one of the spouses is registered as holder of stocks and shares and the jurisprudence does not provide a solution, therefore it is regretful that the legislator remained silent on the issue.

The issue of property acquired on the basis of the life-maintenance contract and life-care contract in cases only one of the spouses is named as a provider of support was also not addressed. The jurisprudence is very divergent and inconsistent; sometimes the courts consider acquired property as the matrimonial property, and sometimes as separate property of one of the spouses. The problem is these contracts are of aleatory nature, and in practice they are often concluded between the relatives. Also, it is not uncommon for the parties to conclude one of the mentioned contracts to cover a gift or a testamentary disposal.

Also, it would have been desirable for the legislator to address the status of gifts with more details. In practice, gifts are often agreed upon orally which makes it difficult to prove whom they belong to once the dissolution of the spouses' co-ownership on the matrimonial property is discussed in court. The situation is exacerbated by the inconsistent jurisprudence, so it is obvious the legislator's action is necessary.

The basic legal assumption within the matrimonial property regime is important for the attribution of property and states that spouses are co-owners of their matrimonial property in equal shares, unless otherwise agreed (art. 36 § 3). Namely, spouses are left with the broad autonomy to arrange their property relations differently by concluding a matrimonial property agreement (see *infra*).

Among the novelties within the legal regime of the matrimonial property there are the provisions of art. 36 § 4 and art. 36 § 5 which represent the legislator's attempt to mitigate a significant practical problem. To be more precise, it is quite often that only one of the spouses is registered as owner of a real estate which gives him/her the opportunity for disposing with that property independently of the other spouse/co-owner. Such dispositions cause many disputes that remain unresolved both by the jurisprudence and the legislation. Therefore, art. 36 § 4 provides for certain simplification of the registration of real estate which is the matrimonial property. Registration of the ownership of such real estate may be carried out also on the basis of the proposal of the both spouses containing explicit, written and unconditional statement with which one spouse consents to the registration of the other spouse's ownership in equal shares or otherwise if so agreed. The provision of art. 36 § 5 adds a requirement that,

on the document containing the described statement, the signature of the spouse who consents to the registration of the other spouse's ownership must be authenticated by a notary public.

The regulation of administration of matrimonial property in the Family Act 2015 also suffered some significant modifications. "Suffered" because, at least in our opinion, this intervention will not contribute to clarification and simplification of situation in this area.

Distinction has to be made between matters of ordinary and matters of extraordinary administration. Regarding the matters of ordinary administration, for the purposes of clarification art. 37 § 1 enumerates few examples of such operations – regular maintenance, exploitation, and use of the property for its usual purpose. It is possible for one of the spouses to undertake an operation of ordinary administration alone because the consent of the other spouse is presumed until proven otherwise.

Pursuant to art. 37 § 2, operations of extraordinary administration of real estate as well as of the movable property which has to be registered in public registries would be e.g. changing the purpose of the property, major repair, additional construction work, adaptation, sale of the entire object, rent or lease of the entire object for a period exceeding one year, mortgage on the entire object, lien of the movable property, establishment of servitudes, real burdens or the right to build on the entire object. Extraordinary administration requires joint undertaking of an operation by both of the spouses or a written consent of the other spouse with the signature authenticated by the notary public.

The list of operations considered to be matters of extraordinary administration only burdens the legislative text as it is literally copied from the Ownership and Other Real Rights Act . The subsidiary application of the latter Act is already prescribed by the art. 38 of the Family Act 2015 so the wording of art. 37 § 2 gives an impression that the Family Act, being the *lex specialis*, regulates something differently than the Ownership and Other Real Rights Act.

Even bigger problem derives from the fact that the application of art. 37 § 2 is limited to movable property which has to be registered in public registries. The wording of this provision provoked a lot of criticism because it leaves out movable property that can be of a very high value (e.g. works of art, jewellery) but its registration is not mandatory. This suggests that the joint undertaking or written consent with the authenticated signature is not required for operations of extraordinary administration regarding movable property which does not have to be registered. This assumption diverges from the relevant provision of the Ownership and Other Real Rights Act which requires consent of all the co-owners for undertaking operations exceeding the scope of ordinary administration on the co-owned object as a whole, whether movable or immovable, and regardless of whether the movable property has to be registered. Also, this solution could leave a spouse without the legal protection in case the other spouse disposes of such movable property that is not registered.

The Ministry of social policy and youth (the Ministry), as a leading manager of the process of drafting the Family Act 2015, argued that art. 38 of the Family Act 2015 is to be applied to transactions of registered movable property, while those movables that belong to the matrimonial property but are not subjected to registration are governed by the general system established by the Ownership and Other Real Rights Act . Technically speaking, this may be right but, in our opinion, it does not even remotely correspond to the purpose of art. 37 as described by the Ministry – achieving transparency and coherence of the family-law regulation of the property relations of spouses and providing the spouses with a sort of 'one-stop-shop' for getting information about the operations that involve additional requirements.

Furthermore, according to art. 37 § 3, the absence of consent for matters of ordinary as well as extraordinary administration does not affect the rights and responsibilities of the third party acting in good faith. The spouse who did not consent to an operation constituting extraordinary administration has the right to compensation for damage suffered. The wording of art. 37 § 3 departs from one of the general rules of law which says that no one can transfer more rights to another individual than he/she himself/herself has ; it is contrary also to the rule about a contract which is contrary to the mandatory regulations as being null and void ; it is contrary to the relevant provision of the Ownership and Other Real Rights Act which provides for the application of the rules on management without mandate in case a co-owner enters a transaction regarding a co-owned property without the required consent of the other co-owners.

This solution means less protection for a spouse who got played by the other spouse disposing with their matrimonial property as it was his own. As already mentioned, it is unfortunately too often the case that only one of the spouses is registered as owner in a land registry, so the provision of art. 37 § 3 widens the possibilities of misuse and fraudulent actions by the registered owner/spouse. In view of the disorder in the land registry system, the legislator's intention was to give more strength to the principle of trust in land registers and to provide more protection for the third parties acting in good faith. However, besides all the other mentioned flaws, the legislator seems to have ignored the latest practice of the Constitutional Court. The latter suggests that both the principle of trust in land registers and the principle of the spouses' co-ownership on the matrimonial property (regardless of whether they are both registered as co-owners) are of equal importance in the Croatian legal system and adds to the relevant legislation certain criteria and rules for settling disputes in this area. Therefore, one could raise a question of the constitutionality of art. 37 § 2 and § 3. The debates and analysis of the relationship between those principles have been ongoing in the Croatian legal practice and the theory for a long time now and will surely continue, so it remains to be seen what will the application of art. 37 of the Family Act 2015 add to this discussion.

3. Contractual arrangement of the matrimonial property relations

The spouses who prefer to govern their property relations regarding the existing and the future property differently than the legal regime does may conclude a matrimonial property agreement (art. 40 § 1). In the Croatian family law the matrimonial property agreement is a formal contract and its validity is conditional on the written form with the spouses' signatures authenticated by the notary public (art. 40 § 3). The Family Act 2015 does not go much further in regulating these contracts, thus leaving the spouses with the freedom to dispose on their property autonomously and allowing any agreement that is not contradictory to the compulsory regulations. Spouses should, however, make note of the art. 40 § 2 prescribing that any stipulation on the management or the disposition of property has legal effect on the third parties only if it is entered into land register, or into public records where registration is required for acquiring of the rights or the property may not be used without such registration.

Pursuant to art. 41, if the spouse is legally incapacitated for making of extraordinary legal acts, his/her guardian may conclude the matrimonial property agreement in the name of that spouse upon obtaining a prior consent of a social welfare centre. In such a case, the matrimonial property agreement must be drawn up in the form of a notary public act . With this requirement the legislator seeks to provide the legally incapacitated persons with

additional protection. Namely, the notary public must check whether the social welfare centre approved the conclusion of that contract.

The possible content of the matrimonial property agreement is also not regulated with any details. Spouses may change the status of certain assets from matrimonial property to separate property and vice versa, e.g. they could stipulate that anything any of them inherits shall be a part of their matrimonial property or that their wages (that is, property gained from work) shall be considered as their own separate property.

The only specific limitation regarding the conclusion of matrimonial property agreements is prescribed by the art. 42 in the form of prohibiting the spouses to stipulate the application of foreign law to their property relations.

There have been suggestions for establishing a registry of matrimonial property agreements, which would facilitate legal transactions and strengthen the legal certainty. Such a register would also provide more legal security for the spouses both from the aspect of their mutual property relations as well as their property relations with the third parties. Unfortunately, the legislator did not use the latest reform for establishing the registry of matrimonial property agreements together with the obligation of spouses to register such contracts.

4. The spouses' liability to the third parties

This part of the regulation of the matrimonial property relations also underwent some changes. In line with art. 43 of the Family Act 2015, obligations and liabilities of the spouse that he/she assumed prior to entering marriage, as well as those assumed in his/her own capacity after entering marriage but not in connection with the ordinary needs of the marital and the family union, are not binding for the other spouse.

Both spouses are liable as solidary debtors for the obligations assumed by one of the spouses for settling needs of the marital and the family union, and for the obligations they assumed jointly in connection with the matrimonial property. The property with which they are liable is also specified - spouses are liable for their solidary obligations with both their separate and the matrimonial property (art. 44 § 1). It is presumed that the debt is divided equally among them but they may agree otherwise (art. 44 § 3). If one of the spouses covers more than his/her share of debt, he/she has the right to reimbursement from the other spouse (art. 44 § 2). While the provision of art. 44 § 1 indeed represents a (new) specificity of the matrimonial property regime, the other two provisions of art. 44 bring, again, unnecessary burden to the legal text as they only repeat what is already prescribed by the relevant rules of the law of obligations which are to be applied on all of the matters of matrimonial property that are not regulated differently by the Family Act.

5. Regulating the property relations of spouses after the termination of marriage or of the marital union

5.1. Modalities of governing the property relations of spouses

Provisions governing the property relations of spouses after the termination of their marriage or of their marital union are also a novelty in the Croatian family law system, but they are also the source of certain objections.

If the spouses have not reached an agreement on their property relations after the marriage or the marital union ended, their property relations may be settled by a court's decision (art. 45 § 1). In case the spouses have not reached the said agreement, their property relations shall be

settled on the basis of the provisions of the Family Act 2015, while the questions concerning their property relations that are not regulated by this Act shall be settled on the basis of the relevant provisions of the law of realty, law of obligations, and other relevant legislation (art. 45 § 2).

In our opinion, it should be understood that lacking the spouses' agreement the court may settle their property relations so one could wonder why the legislator considered it necessary to point this out. In our opinion, this redundancy only supports the criticisms directed towards the provisions of art. 45 due to the fact they imply the spouses have the possibility of determining their property relations (by an agreement or a court decision) only after their marriage or their marital union ends, and not while they still last.

5.2. Specific provisions on protection of the welfare of children and of the family home

One of the most significant novelties brought about by the Family Act 2015 is the right to family home or, to be more precise, the right to habitation in the family home which is a part of the matrimonial property.

Among the personal rights and responsibilities of spouses the Family Act 2015 introduces, in art. 32, "the family home and the protection of the right to habitation". It is provided that the spouses shall agree on their place of living, that is, the family house or the flat where they will live with the children under their parental responsibility and which will be their family home (art. 32 § 1).

During the marriage one spouse may not, without a written consent of the other spouse whose respective signature is authenticated by a notary public, dispose of the family home representing matrimonial property in which the other spouse lives with their children (art. 32 § 2). Similarly, if only one of the spouses is a lessee of the apartment in which the spouses live together with the children over whom they exercise parental responsibility, he/she may not terminate the contract on lease without a written consent of the other spouse whose respective signature is authenticated by a notary public, unless it is an official apartment under the special regulations (art. 32 § 3).

Pursuant to art. 32 § 4, if one of the spouses refuses to give his/her consent (for disposing of the family home or for the termination of the lease) to the other spouse without a good reason, a court may, upon an application of a spouse, substitute the missing consent with its own decision. The court must take into consideration the housing needs of both of the spouses and the children living with them as well as all the other relevant circumstances.

While it is possible to discern what the family home is, it is not completely clear what is the right to habitation in the family home or who is the holder of the right. There is no definition of the right and its nature is undetermined. The confusion and uncertainty arise from the fact there already exists the right called "right to habitation" and is regulated by the Ownership and Other Real Rights Act as one of the personal servitudes. If it was the legislator intention to introduce this right as one of the new personal rights of spouses, than it should have made an effort to distinguish it clearly from the right to habitation as one of the real rights. Furthermore, it would have been desirable if the holders of the right were explicitly stated. Even though art. 32 is placed, as already mentioned, among personal rights of spouses, the wording of its provisions put a lot of emphasis on the protection of the child, and we shall see that later in the text that the Family Act 2015 mentions the spouse's exercising of the right to habitation in the family home and explicitly speaks of the right of the child to habitation in the family home.

As a significant shortcoming of this new institute in the Croatian family law it has been pointed out that its regulation is not comprehensive. Namely, its scope is limited to the family home representing the matrimonial property, thus it does not apply to the family home which is separate property of one of the spouses. The critics noticed that this solution differs from the Council of Europe Recommendation on the rights of spouses relating to the occupation of the family home and the use of the household contents . On the one hand, the Ministry's argument that the reason for limiting the protection of the family home to the house/flat representing matrimonial property is the need for citizens to gradually adapt to this new legal institute is acceptable. However, the Ministry fell into clear contradiction with itself when it argued that the aforementioned Recommendation is not a binding instrument because this very Recommendation was expressly stated as a basis for establishing of the institute of family home in the Croatian legal system.

Furthermore, a spouse is not prohibited from disposing with the rights and obligations from the lease in other ways than terminating the contract on lease, e.g. subletting the apartment. The question also remains whether it would be possible to make an application to the court with a view to circumvent the lack of consent of the other spouse in case the other spouse is prevented to give the consent due to some objective circumstances (e.g. he/she is missing or is severely ill).

Besides this, specific provisions on the protection of the welfare of children and of the family home are contained in art. 46 and form a part of the regulation of the property relations of spouses after the termination of the marriage or of the marital union.

So, in case the marriage or the marital union has ended, upon application of a spouse, the court may decide that the right to habitation in the family home representing matrimonial property shall be exercised only by the spouse who is residing with their common minor children over whom he/she exercises parental responsibility (art. 46 § 2). The right to habitation may last until the dissolution of the co-ownership of the house/apartment that is their family home (art. 46 § 3).

When considering the application, the court may, taking account of the relevant circumstances, commit the spouse (the resident parent) to paying a lump sum for the rent to the other spouse (the non-resident parent), and also decide on his/her liability for paying utilities for the family home (art. 46 § 4).

When deciding about the right to habitation and the obligation to pay the rent, the court shall take account of the principle of proportionality, protect the child's right to habitation in the family home and at the same time act fairly towards the spouse who bears the burden of the exercise of the right to habitation (art. 46 § 5). The court may, depending on the circumstances of the case, reject an application for the habitation in the family home if the total revenue of spouses does not cover the costs of separate habitation of the parents and their children (art. 46 § 6).

It is clear from the provisions of both the art. 32 and art. 46 that the ratio behind the institution of the right to habitation in the family home is the protection of the welfare of the child. However, it is only in art. 46 § 5 that the child is expressly mentioned as the holder of the right to habitation in the family home representing the matrimonial property of its parents. The parent is not explicitly stated as the holder of the right even though art. 46 speaks about the spouse's exercising the right to habitation in family home.

Considering all the mentioned provisions of the art. 46 one could also wonder is it really just the one of the spouses who bears the burden of the exercise of the right to habitation (and

if it is, than which one), or they actually both share that burden. They are the co-owners of the family home; the fact one of them has to move out represents a limitation of his/her ownership rights; the other spouse bears the costs of remaining in the family home with their common minor children and possibly also the cost of the rent for the other spouse who moved out. Unless one or both of the spouses have significant separate property, or at least a large salary, they are both very much burdened with these circumstances.

6. Concluding observations

Unfortunately, this research revealed that the legal framework provided by the Family Act 2015 for governing of the matrimonial property relations seriously lacks of concreteness, certainty and clarity. Predictability, legal certainty and transparency, higher level of protection for spouses and the third parties entering legal transactions with (one or both) spouses concerning the matrimonial property, protection of the child and its right to habitation in the family home were presented as justifications for modifications of the previous regulation. Despite the fact there were serious issues waiting to be resolved well before the process of writing the Family Act 2015 begun, the legislator mostly ignored them. For the most part the legislator intervened by copying provisions of other legal texts to which the Family Act 2015 itself already expressly refers to as the rules applicable to the matrimonial property relations. It is an unnecessary distortion of the rule about the Family Act being the *lex specialis* for the matrimonial property relations which determines only the specifics diverging from the general regime established by the law of realty and the law of obligations. The result is that it is not clear enough which rules and regime are to be applied and when. It is highly questionable whether an interested citizen, a layman in law, could manage this situation by himself. The situation is further exacerbated with certain interventions that indeed bring new solutions but in the way, that creates legal uncertainty.

The scope of the legislative changes in the regulation of the matrimonial property regime is obviously limited and its flaws are likely to produce new practical problems in addition to those already existing. It would seem appropriate to start by carefully "purging" this part of the Family Act, to delete all the redundant provisions and then add more details where they are actually necessary. Resolving (long-standing open) issues regarding certain rights and assets as a part of matrimonial or separate property of spouses as well as clarifying and improving the provisions on administering the matrimonial property is also necessary. Furthermore, establishing of the registry of the matrimonial property agreements would be very useful. Further revising of the regulation of the right to habitation in the family home is needed. Last, but certainly not the least, at the bottom of the most significant issues in this area is the disorder in the land registry and cadastre. It is an issue of the Croatian legal system so big and complex that there was no point in even starting to analyse it in this paper due to the limited space. We will limit ourselves to the observation that there is simply no provision of the Family Act, which alone could remedy the massive problems arising from the said disorder, effects of which far exceed the area of matrimonial property relations. Fixing the state of the land registries and the cadastre is therefore a necessary precondition for the proper governing of property relations in general and of the matrimonial property relations in particular.

REFERENCES

Books, articles and other materials

- Alinčić, M.; Hrabar, D.; Jakovac-Lozić, D.; Korać Graovac, A., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007.
- Aralica, T., *Bračna stečevina i drugi imovinski odnosi bračnih drugova u sudskoj praksi*, Novi informator, Zagreb, 2016.
- Belaj, V., *Bračna stečevina po Obiteljskom zakonu*, *Pravo i porezi*, no. 11, 2002, pp. 33-42.
- Čulo, A.; Šimović, I., *Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 59, (5), 2009, pp. 1029-1068.
- Jelinić, Z., *Bračna stečevina u kontekstu Zakona o trgovačkim društvima*, in: Rešetar, B.; Župan, M. (eds), *Imovinskopravni aspekti razvoda braka - hrvatski, europski i međunarodni kontekst*, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2011, pp. 121-137.
- Josipović, T.; Ernst, H., *Uloga zemljišnih knjiga u pravnom prometu bračnom stečevinom*, in: Kačer, H. (ed), *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić*, Novi informator, Zagreb, 2009, pp. 547-591.
- Kačer, H., *Dugovi i darovi pri diobi bračne stečevine*, in: Rešetar, B.; Župan, M. (eds), *Imovinskopravni aspekti razvoda braka - hrvatski, europski i međunarodni kontekst*, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2011, pp. 97-119.
- Majstorović, I., *Bračni ugovor*. Novina hrvatskoga obiteljskog prava, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2005.
- Šimović, I., *Obiteljski dom, novi Obiteljski zakon iz 2015. i Preporuka Vijeća Europe o pravu bračnih drugova na korištenje obiteljskog doma*, in: Barbić, J. (ed), *Pravo na dom – Okrugli stol održan 28. siječnja 2016. u palači Akademije u Zagrebu*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti – Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, Zagreb, 2016, pp. 141-163.
- Vlada Republike Hrvatske, *Konačni prijedlog Obiteljskog zakona*, https://www.sabor.hr/en/admin/structure/sabor_data_entity/86539.

International and national legislative acts

- Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/2015.
- Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 116/2003, 17/2004, 136/2004, 107/2007, 57/2011, 61/2011, 25/2013.
- Recommendation No. R (81) 15 of the Committee of Ministers to Member States on the rights of spouses relating to the occupation of the family home and the use of the household contents,
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804d01b8.
- Zakon o javnom bilježništvu, Narodne novine, br. 78/1993, 29/1994, 162/1998, 16/2007, 75/2009, 120/2016.
- Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018.
- Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009, 153/2009, 90/2010, 143/2012, 152/2014.
- Zakon o zemljišnim knjigama, Narodne novine, br. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 114/2001, 100/2004, 107/2007, 152/2008, 126/2010, 55/2013, 60/2013, 108/2017.

Jurisprudence

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1069/05, 8.6.2005.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-929/2007-2, 2.4.2008.

Županijski sud u Zagrebu, Gž-4740/07, 29.7.2009.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1365/2008-2, 10.2.2010.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1176/10-2, 11.12.2012.

Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-3101/2014 i dr., 12.1.2015.

COMPARATOR AS THE ELEMENT OF DISCRIMINATION - IS THE THEORETICAL CONCEPT RECOGNIZED IN SERBIAN CASE LAW?

Andelija Tasić

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

andjelija@prafak.ni.ac.rs

Abstract

The legal definition of discrimination, stipulated by many national, regional and international documents, contains three elements: protected ground, less favorable treatment and a comparator. All three Serbian non-discrimination acts prescribe the special anti-discrimination civil procedure for protection against discrimination. To prove (the likelihood of) discrimination, by applying specific rules on burden of proof, one should point out that all three elements are present in a certain case. However, the case law of most relevant European courts points to certain cases of discrimination in which comparator is not necessary. By analyzing case law, the author examines whether Serbian courts understand and recognize the adequate comparator for (those) specific cases and anti-discrimination cases in general.

Keywords: *anti-discrimination law, a comparator, ECHR case law, CJEU case law.*

1. The legal framework of the anti-discrimination law

Legal framing of non-discrimination law has begun just after World War II. The United Nations adopted the Charter of the United Nations in 1945. Three years later, the Universal declaration of human rights was proclaimed by the United Nations General Assembly. Nowadays, it is considered to be the milestone document in the history of human rights. It is stipulated that all human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood (Art. 1). Furthermore, everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. No distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty (Art. 2). The International Convention on the elimination of all forms of racial discrimination was adopted in 1965 and opened for ratification. In 1966 two important documents were accepted: International Covenant on Civil and Political Rights and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Both documents stress out that the rights enunciated in the covenants will be exercised without discrimination of any kind as to race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. One of the core documents in the field

of anti-discrimination is surely the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, the so-called CEDAW Convention . The CEDAW, among others, prohibits both direct and indirect discrimination, encourage formal as well as substantive discrimination and oblige state parties to embody the principles of equality and non-discrimination in their legislative. Convention of the rights of people with disabilities was passed by the General Assembly of the United Nations in 2006 .

Paralelly with the United Nations, the Council of Europe (CoE), most important european intergovernmental organization in the area of human rights and establishment of the rule of law, developed its own mechanisms for the protection of human rights. In 1950 CoE adopted the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms , still one of the most significant documents in this area. The prohibition of discrimination was established by Article 14: The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. However, since 2000 the protection against discrimination has been even strengthened, by bringing the Protocol No. 12 following the European Convention. The Protocol expands the scope of the protection of the prohibition of discrimination to equal treatment in the enjoyment of any right, including rights under national law. There was no change in the list of non-discrimination grounds in Article 1 of the Protocol, in comparison with Article 14 of the Convention.

At the national level, the protection against discrimination is stipulated by the Constitution . All are equal before the Constitution and law. Everyone shall have the right to equal legal protection, without discrimination. All direct or indirect discrimination based on any grounds, particularly on race, sex, national origin, social origin, birth, religion, political or other opinion, property status, culture, language, age, mental or physical disability shall be prohibited (Art. 21). The first non-discrimination Act, Act on the prohibition of discrimination against people with disabilities was brought in 2006. In 2009, two important acts were adopted. The first one, Act of gender equality prescribes the establishment of equal opportunities to accomplish rights and obligations, undertaking of special measures to prevent and eliminate gender-based discrimination and the procedure of legal protection of persons exposed to discrimination (Art. 1). The second one is the so-called umbrella act, Act on the prohibition of discrimination (hereafter: Anti-discrimination Act). Each of these acts has two parts - the first one, containing substantive law, and the second one contains the rules of procedure.

2. Types and elements of discrimination

Even though Anti-discrimination Act lists seven types of discrimination, it is stressed out that there are two main types - direct and indirect discrimination (Petrušić, Krstić, Marinković, 2014: 36).

According to Serbian Anti-discrimination Act, direct discrimination shall occur if an individual or a group of persons, on the grounds of his/her or their personal characteristics, in the same or a similar situation, are placed or have been placed or might be placed in a less favourable position through any act, action or omission (Art. 6). Indirect discrimination is defined by Art. 7: Indirect discrimination shall occur if an individual or a group of individuals, on account of his/her or their personal characteristics, is placed in a less favourable position through an act, action or omission that is apparently based on the principle of equality and

prohibition of discrimination, unless it is justified by a lawful objective and the means of achieving that objective are appropriate and necessary.

Though the legal definitions of discrimination are slightly different in different legal documents, there are three key elements essential to the term of discrimination: protected characteristic, less favorable treatment, and a comparator.

There are two ways commonly used to determine the scope of protected grounds. The first one uses the principle of *numerus clausus* - all of the enumerated grounds are listed and there is no space for stepping away even if the circumstances demand different. The second way uses *exempli causa* principle - the listed grounds are given only for example. If discrimination is based on some other ground, the court is obliged to protect the victim.

The interpretation of “protected ground” is broad. Sometimes, the victim itself is not a person with characteristics, but the one with presumed personal characteristics or the member of the family or the person close to one with characteristics.

Less favorable treatment can be explained as the treatment designed to make any unwarranted discrimination or unequal treatment, that is to say, omission (exclusion, limitation or preferential treatment). In the case of indirect discrimination, that is the equal treatment that leads to different consequences for people in different situation.

The comparator is the person in the same situation as the victim of discrimination. A comparator is a person in a materially similar situation, but with the main difference - protected ground (Handbook on European non-discrimination law, 2018: 44). Except for individuals, groups of people can also be compared. It is noted that two groups, adequate for comparison in one case, can be inadequate to compare in some other.

Still, there is a well-established case law of ECJ that where the detriment suffered by a woman is due to pregnancy, then it constitutes direct discrimination based on sex, there being no need for a comparator. The milestone case is *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus (C-177/88)*. The same pattern is applied as for maternity leave and in vitro fertilization.

However, the new theoretical observations actually point out that sometimes there is no need for comparator - „the most traditional and widely used heuristic—comparators, who are similar to the complainant in all respects but for the protected characteristic—is barely functional in today’s economy and is largely unresponsive to updated understandings of discrimination“. It is proposed for a comparator to be treated as one of the several imperfect methodologies, rather than the key element of discrimination (Golberg, 2011: 731-812).

3. The comparator in the cases for the protection of discrimination in Serbian case law

The Serbian Anti-discrimination Act stipulates special civil procedure against discrimination. There is no time limit for bringing the suit in front of the court. Four subjects are entitled to initiate the proceeding: victim of discrimination, Commissioner for equality, an organisation engaged in the protection of human rights or the rights of a certain group of people and a person who had deliberately exposed him/herself to discriminatory treatment intending to directly verify the application of the regulations pertaining to the prohibition of discrimination (Art. 46). They can demand: imposing a ban on an activity that poses the threat of discrimination, a ban on proceeding with a discriminatory activity, or a ban on repeating a discriminatory activity; that the court should establish that the defendant has treated the plaintiff or another party in a discriminatory manner; taking steps to redress the consequences

of discriminatory treatment; compensation for material and non-material damage; that the decision passed on any of the lawsuits referred to in items 1-4 of this Article be published. The victim of discrimination can also demand compensation for pecuniary and non-pecuniary damage (Art. 43). It should be emphasized that special rules concerning the burden of proof are applied in anti-discrimination proceedings.

3.1. The comparator in the case of pregnancy

The Commissioner for equality brought the claim against a bank. The victim of discrimination was a mother of three, who was the head of the branch before the maternity leave. After the return, she was offered annex to the contract according to which she was transferred to the lower position. Her payment was decreased from around 80 000 dinars to around 57 000 dinars. The mother of two adult children was appointed the head of the branch. The first instance court took as the evidence the statistic data regarding the position of the women who took maternity leave. The 14 out of 89 women were transferred to the lower position, 18 were already at the lowest position and 31 were at the maternity leave at the moment. However, the court found that there was no gender-based discrimination because one woman was replaced by another, and no discrimination based on family status because a mother was replaced by a mother. The second instance court confirmed the decision and explained that the change was motivated by the need of the working process. It was also said that not every change of the position after maternity leave means discrimination. The Supreme Court of Cassation turned the revision down and explained that it is the employer's right to choose the most competent person for the leading position. Neither did the Commissioner nor any of the courts pointed out to the famous decisions of the CJEU. On the contrary, the courts actually explained their decision by the lack of adequate comparator. They did not even take into consideration that in those type of cases the woman on maternity leave is a comparator to herself - whether the employer would transfer her to the lower position in case she was not pregnant. Unfortunately, the described case is an example of the misunderstanding of the specific position of the pregnant women, their position in the family and the society and the need for their protection, also stressed out by the Serbian Constitution.

3.2. The comparator in case of people with disabilities

Recent case law of the Supreme Court of Cassation also questions the understanding of the comparator among the members of Serbian judiciary.

The lawsuit was brought by a female worker, who claimed to be discriminated due to the health condition of a member of her family. In the first place, she worked in one department of the company. By changing the internal Act of organization of the working process, the employer closed that department. Before transferring the employees in another department (so-called IMS department), the employer explained to them that the new department is founded and that workers with a health issue would be positioned there. It is expected that the working process would be easier for them in that case. Except for the claimant, in the same department were relocated workers with disabilities as well as workers who used sick leave more often. About two years later, a new Act of organization of the working process was

entered into force. According to it, the IMS department was closed and the workers, including the claimant, lost their jobs.

The claimant stressed out that she is discriminated. However, the court pointed out that she was in the exact same situation as other workers in the same department. They were all fired. The fact that at the beginning she was not even a person with a disability, but the person who was absent from work due to her child's health issue was also pointed out. Her own disability was diagnosed later.

So, as the main argument, the court indicated that the claimant was in the same position as all the other people with disabilities. However, are they a good comparator? Are they comparator at all? Can the employer separate, or, even worse, segregate people with one personal characteristic into a divided group and then act towards them equally (inappropriate, unlawful)? Isn't it a good question whether the employer made the discrimination by separating people with disabilities in one department, even with the excuse that they would work easier type of jobs? If it is the affirmative measure, can it be defined so if, in the end, it leads to the worse position of the whole group? Even more, if it leads to the loss of one of the fundamental rights?

It can be compared with an interesting parallel - if the school principle segregates Roma children in one class and then give them a classroom in the schoolyard, away from the rest of the pupils, can he justify it by saying that he acts towards all Roma children in the same way? Can the previous behavior be overlooked?

4. Conclusion

Even though some new researches challenge that the comparator is one of the three essential components of discrimination, it is still consider being one of the key elements of discrimination. If the victim of discrimination wants to prove that he/she was treated less favorable, he/she must point to the person who presents a (good) comparator. There are, still, certain categories that do not need to point to the comparator. Those are, in the first place, pregnant women. However, the author analyzed the case from the Serbian case law that shows the lack of understanding of the issues related to the pregnancy. Insisting on the comparator in case of pregnancy is a clear sign that there is still place for further education of all members of the judiciary, especially in the field of the recent practice of ECHR and CJEU case law. The second case analyzed in this paper indicates how the employer can "trick" the law and defend himself from allegation for discrimination. By creating the 'false' comparator, one can challenge basic postulates of anti-discrimination law. That is why the continuous analysis of the case law and pointing to both good and bad examples is crucial for the development of judiciary.

Bibliography

Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, <https://rm.coe.int/16800cce48>, data accessed 20.6.2019.

Goldberg, S. Discrimination by comparison. *The Yale Law Journal*.120: 728. 731 - 812.

- Handbook on European non-discrimination law (2018 edition). (2018). European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe.
- Petrušić, N. (2014). Upotreba statističkih podataka u antidiskriminacionim parnicama. *Pravni život*. br. 12 (2014).
- Petrušić, N. Krstić, I. Marinković, T. (2014). *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*. Beograd.
- Petrušić, N. Obradović, G. Raičević, N. Miladinović Stefanović, D. Tasić, A. (2017). *Antidiskriminaciono pravo - propisi, praksa i stvarnost*. Niš.
- Tasić, A. (2016). *Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije (doktorska disertacija)*. Act on gender equality, Official Gazzette Serbia No. 104/2009.
- Act on prohibition of discrimination, Official Gazzette Serbia No. 22/2009.
- Act on the prohibition of discrimination against people with disabilities, Official Gazette Serbia No. 33/2006, 13/2016.
- Act on suppression of discrimination, Official Gazzette Croatia, No. 85/2008, 112/12.
- Charter of the United Nations, signed on 26 June 1945.
- Constitution of Republic of Serbia, Official Gazette 98/2006.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 04/11/1950 - Treaty open for signature by the member States of the Council of Europe and for accession by the European Union.
- Convention of the rights of people with disabilities adopted on 13 December 2006 at the United Nations Headquarters in New York, and was opened for signature on 30 March 2007.
- Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, adopted and opened for signature, ratification, and accession by General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979.
- International Covenant on Civil and Political Rights, adopted and opened for signature, ratification, and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted and opened for signature, ratification, and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.
- International Convention on the elimination of all forms of racial discrimination, adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965.
- Labor Act, Official Gazette Serbia No. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - decision of Constitutional Court, 113/2017 and 95/2018 - authentic interpretation.
- Universal Declaration on Human Rights, proclaimed on 10 December 1948.
- C-177/88, Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus
- Case C-303/06, Coleman v Attridge Law, 2008.
- C-191/03, North Western Health Board v. Margaret McKenna
- C-506/06, Sabine Mayr v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG [GC]
- Oncale v. Sundowner Offshore Servs., Inc., 523 U.S. 75 (1998).
- Petrov v. Bulgaria, No. 15197/02, 22 May 2008.

<https://www.ohchr.org>, data accessed 8.6.2019

ЗА ПОТРЕБАТА ОД РЕФОРМИ ВО УРЕДУВАЊЕТО НА БРАЧНИОТ ИМОТЕН РЕЖИМ ВО МАКЕДОНСКОТО ЗАКОНОДАВСТВО

Ангел Ристов

Вонреден професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ – Скопје,
E-mail: angelristov@yahoo.com

Апстракт

Во трудот авторот го анализира уредувањето на имотните односи на брачните партнери во македонското семејно законодавство, кое нема претрпено позначајни промени со децении и покрај општествените – економски промени, како и промените во бракот и семејството. Во последниве неколку децении, авторот констатира дека, во брачните и семејните односи се случуваат драматични и револуционерни промени кои неминовно ја наметнуваат потребата од промени во застарените законски решенија, кои влечат корени од времето на социјализмот. Лоцирајќи ги бројните правни празнини и проблематични решенија во важечкото законодавство, авторот се залага за потемелно уредување на брачните имотни односи. Притоа, предлага решенија за подобро уредување на посебниот и заедничкиот имот и воведување на брачниот договор со ќе им овозможи на брачните партнери договорно да ги уредат имотните односи на начин кој најмногу ќе одговара на нивните прилики, желби и можности. Со оваа значајна реформа ќе се овозможи, покрај законскиот, постоење и на договорен брачен имотен режим. Доколку овие предлози бидат прифатени од страна на законодавецот во идниот Граѓански законик на Република Македонија, авторот очекува да се подигне степенот на правната сигурност во правниот промет и да се намалат постбрачните имотни тензии, со цел избегнување на мачните и тешки имотни спорови и подобро остварување на заедничкото родителство по разводот на бракот.

Клучни зборови: *Имотен брачен режим, заеднички имот, посебен имот, брачен договор.*

ON THE NEED FOR REFORMS IN THE MACEDONIAN MARITAL PROPERTY REGIME

Angel Ristov

Associate professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”
“University Ss. Cyril and Methodius” – Skopje

Abstract

In the text the author is analyzing the marital property regime of the spouses in the Macedonian family law. The author points that Macedonian Family Law hasn't suffered changes for decades. This is the reason why there are many legal gaps in the provisions that regulate marital property regime. On the other side in the last decades marital and family relations have undergone a lot of changes. Given this fact, the author is giving proposals for thoroughly regulation of the marital property relations. Crucial reform in the civil code will be introduction of the marital agreement upon which the partners will have opportunity to regulate their property relations upon their will and necessities.

Key words: *Reforms, Property, Marital Regime, Spouses.*

Одлуката за склучување брак е една од најважните одлуки во животот. Со склучувањето на бракот помеѓу брачните партнери не настануваат само лични, туку и имотни односи.¹ Од моментот на склучувањето на бракот, а понекогаш и порано,² брачните партнери стапуваат во бројни имотни односи поврзани со секојдневните потребите на брачната заедница и семејството. За времетраење на бракот, брачните партнери стекнуваат движен и недвижен имот, земаат кредити, вложуваат во инвестиции, вложуваат во семејниот бизнис, во удели на трговски друштва, депонираат штедни влогови, основаат фирми и сл.³ Додека љубовта трае и нема финансиски

¹ Во теоријата на семејното право и во законодавствата имотноправните односи на брачните партнери се групираат во две посебни групи: во личноимотни односи и во чисто имотни односи. Во првата група спаѓаат грижата за семејството, издржувањето на необезбедениот брачен другар и децата, како и одговорноста за тековните потреби на брачната заедница. Во втората група спаѓа определувањето на имотниот режим на брачните партнери. Види повеќе за ова кај Миле Хаџивасилев, *Семејно право*, Студентски збор, Скопје, 1990, стр. 137-154.

² Повеќе за правното уредување на вонбрачната заедница види кај: Ангел Ристов, „Вонбрачната заедница во македонското семејно законодавство *de lege ferenda*“, International Scientific Conference *Ohrid School of Law, New Challenges in Regulation of the Legal Relations in the Sense of the European Values*, Iuridica Prima, Skopje, 2015; Angel Ristov, *The New Challenges in regulation of marriage and Non Marital Union*, *Harmonius*, 2014; Ангел Ристов, „Вонбрачна заедница“, Научна конференција по повод 20 годишнината од основањето на Правниот факултет во Велико Трново, *Ius est ars boni et aequi*, Република Бугарија, 14-16 април, 2012; Dejan Mickovik, Angel Ristov, *The Legal Regulation of the Non marital Cohabitation in the Macedonian Family Law*, *International Survey of Family Law*, 2012. За свршувачката и правните последици од неа, поопширно види кај: Миле Хаџивасилев, *op. cit.*, 87-93.

³ За правните лица и нивното настанување поопширно види кај Ангел Ристов, *Правни лица*, Стоби трејд, Скопје 2015.

проблеми, брачните партнери не размислуваат за карактерот на имотните односи во кои стапуваат и режимот на имотот кој го стекнуваат. Не се чуваат сметки и изводи, не се бараат писмени изјави за вложените средства, ниту пак сведоци, не се води сметка што припаѓа на едниот, а што на другиот брачен партнер. Но, кога љубовта ќе престане, ќе се јават недоразбирања и финансиски проблеми тогаш на „сцена“ доаѓа разводот на бракот и делбата на заедничкиот имот. Од овие причини, прецизното уредување на имотните односи е од големо значење за мирот и спокојот во брачните и семејните односи, како и за правилниот развој на децата. Доброто уредување на брачните имотни односи е од исклучително значење за полесен развод на бракот, со цел да се избегнат нервозите и траумите поврзани со тешкото докажување и долгогодишно влечкање по судови, како и големите финансиски трошоци. Ова е важно и за зголемување на правната сигурност во правниот промет.⁴

Во современите општества во бракот и семејството се случуваат револуционерни промени кои произлегуваат од индивидуализмот, либерализмот, желба за остварување на лична среќа и задоволство, еманципацијата на жената, промените во улогите на мажот и жената во брачните и семејните односи и др.⁵ Како последица на ова, речиси во сите европски држави доаѓа до зголемување на бројот на разведени бракови,⁶ намалување на бројот на ново склучени бракови,⁷ до зголемување на бројот

⁴ Честото менување на прописите, носењето на „технички“ бирократски закони, нееднаквата примена на правните прописи и неударената судска пракса, придонесуваат за појавата на феноменот правна несигурност. За ова види кај: Ангел Ристов, „Правната сигурност како клучен фактор за владеење на правото“, *Правник*, бр. 295-296, Здружение на правници на Република Македонија, Скопје, 2016, стр. 56-64; Ангел Ристов, „Правната не/сигурност во македонското семејно и наследно право“, Меѓународна научна конференција *Охридска школа на правото*, том 4, *Iuridica Prima*, Скопје, 2016, стр. 15-39.

⁵ Повеќе за ова види кај: François Boulanger, *Droit civil del la famille, tom I, Aspects comparatives et internationaux*, Economica, Paris, p.p.355-356; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за семејството*, Стоби Трејд, Скопје, 2015, стр. 13-27; Dejan Mickovik, Angel Ristov, „Les changements dans les rapports conjugaux et familiaux dans les pays européens et dans la République de la Macédoine“, *Facta Universitatis, Series Law and politics*, vol. 11, No. 3 Nis; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов „Промените во семејството и реформите во семејното право во Европските земји“, *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на проф. Наум Гризо*, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2011.

⁶ Според Еуростат во 28 – те држави членки на Европската унија во 2012 година биле склучени околу 2 милиона бракови, додека 1 милион бракови биле разведени. Статистиката покажува дека браковите во државите членки на ЕУ станале понестабилни, што се манифестира преку растот на стапката на разведени бракови кои се дуплирале од 1.0 разводи за една година на 1000 жители во 1970 година на 2.0 разводи во 2010 година. Помеѓу државите членки на ЕУ, највисока стапка на разведени бракови во 2012 година е регистрирана во Латвија (3.6 разведени бракови на 1000 жители), Литванија (3.5), Данска (2.8). Најниска стапка на разведени бракови во 2012 година е регистрирана во Ирска (0.6 разводи на 1000 жители), Италија (0.9), Малта (1.1), Грција (1.2), Словенија (1.2), Хрватска (1.3), Србија (1.0), Црна Гора (0.8) и Македонија (0.9). Повеќе види на <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics>

⁷ Стапката на склучени бракови во 28 - те држави членки на Европската унија се намалила од 7.9 на 1000 жители во 1970 година на 4.8 склучени бракови на 1000 жители во 2008 година. За околу четири децении дошло до намалување на 3.1 бракови на 1000 жители, што резултирало со пад од 39% во вкупниот број на бракови. Во 2012 година стапката на склучени бракови била највисока помеѓу членките на ЕУ во Литванија (6.9 бракови на 1000 жители), Малта и Кипар (6.7), Турција (8.0), и Македонија (6.8). Најниска стапка на склучени бракови била регистрирана во Бугарија (2.9 бракови на 1000 жители), Португалија (3.3), Словенија и Луксембург (3.4). *Ibid*

на вонбрачни заедници и на деца родени вон брак.⁸ Овие промени имаат влијание и на уредувањето на имотните односи.

Во македонското право уредувањето на брачните имотни односи нема претрпено позначајни промени со децении.⁹ Со донесувањето на Законот за семејството¹⁰ од 1992 година, законодавецот во целост ги презеде правилата за уредување на имотните односи на брачните партнери кои што важеа и се применуваа во поранешниот социјалистички правен поредок.¹¹ Со донесувањето на Законот за сопственост и други стварни права¹² во 2001 година, законодавецот ги презеде одредбите за имотните односи на брачните партнери, инкорпорирајќи ги во делот заедничка сопственост на брачните партнери¹³, без да бидат направени позначајни

⁸ Во последните децении бројот на вонбрачни заедници и на деца родени надвор од брак во ЕУ е драстично зголемен. Вообичаено се смета дека бројот на деца родени вон брак е показател за бројот на вонбрачни заедници. Во 2011 година во 28 - те држави членки на ЕУ вкупно се родени 39.3% вонбрачни деца, додека оваа стапка во 2000 година изнесувала 27.3%. Во 2012 година најголем број на вонбрачно-родени деца биле регистрирани во Исланд (66.9%), Естонија (58.4%), Словенија (57.6%), Бугарија (57.6%), Шведска (57.4%), Франција (55.8%), Белгија (52.3%) и Данска (50.6%). Најнизок процент на вонбрачно родени деца имало во Грција (7.6%), Турција (2.6%) и Кипар (18.6%). Во екс - Ју државите процентот на вонбрачно-родени деца е највисок во Словенија (57.6%), додека во останантите држави е понизок: Србија (24.7%), Хрватска (15.4%) и Македонија (11.6%). *Ibid.*

⁹ Подробно за ова види кај: Ангел Ристов, „Брачниот договор и реформата во уредувањето на брачните имотни односи“, Семинар на тема: „Граѓанскиот законик и актуелните прашања поврзани со разводот и вршењето на родителското право по развод на брак“, *Iuridica Prima*, Скопје, 27.10.2016; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за семејството*, Стоби трејд, Скопје, 2015, стр. 59-109.

¹⁰ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 80/92, 9/96, 38/04, 33/06, 84/08, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14 и 153/14.

¹¹ Во важечкото семејно право исто како и Основниот закон за бракот од 1946 година се прифатени следниве модели на имотен брачен режим: 1) законски имотен режим во рамките на кој постои режим на заеднички имот на брачните другари и режим на посебен имот на брачните другари и 2) договорен имотен режим.

¹² Ваквото решение на законодавецот сметаме дека е погрешно од причина што ја нарушува целовитоста на уредувањето на брачните и семејните односи. Во споредбеното право местото на уредувањето на имотните односи на брачните партнери е во рамките на семејното право. Аргумент повеќе во корист на ова општо прифатено становиште е фактот што од аспект на граѓанското право имотот претставува поширока категорија во која влегуваат имотните права и имотните обврски. Заедничката сопственост на брачните партнери е само еден мал сегмент од имотните односи на брачните партнери. Според професорот Асен Групче „имотот според класичното сфаќање претставува збир на сите права и обврски кои се сврзани со еден правен субјект...Според тоа во имотот влегуваат стварните, имотните авторски права релативните имотни права.“ Поради тоа, според професорот Групче поадекватен за користење е изразот заеднички имот затоа што во бракот можат да се стекне не само право на сопственост туку и други права што влегуваат во имотот. Поопширно за ова види кај Асен Групче, *Имотно (Граѓанско) право, Општ дел*, Култура, Скопје, 1983, стр. 162, 178-179. Поаѓајќи од наведеното, сосема е нелогично решението на законодавецот во Законот за сопственост и други стварни права според кое, брачниот имотен режим е уреден во делот Заедничка сопственост во брачна и вонбрачна заедница, а под ова стои наслов стекнување имот во брачна заедница!

¹³ Види повеќе кај Родна Живковска, *Закон за сопственост и други стварни права*, Европа 92, Скопје, 2005, стр. 39-42.

измени.¹⁴ Во услови на пазарна економија, кога приватната сопственост има сè поголемо значење,¹⁵ ваквите решенија создаваат големи проблеми во практиката, при разводот на бракот, делбата на заедничкиот имот, извршувањето на заедничкиот имот на брачните партнери и др.¹⁶ Со тоа се усложнува постапката за делба на заедничкиот имот и за намиравање на доверителите и извршителите,¹⁷ се создаваат дополнителни финансиски трошоци за граѓаните, а судовите повторно се оптоваруваат со нови и непотребни предмети поврзани со имотните односи на брачните партнери.¹⁸ Нерешените имотни односи се рефлектираат и на правилниот развој на децата на кои многу често им се оневозможува правото на контакт и издршката.¹⁹ И покрај овие проблеми, како и празнините во законската регулатива законодавецот продолжува летаргично да се однесува кон ова прашање кое е од суштествено значење за граѓаните.

Имајќи предвид дека е во тек изработката на Граѓанскиот законик на Република Македонија,²⁰ во идните измени на семејното законодавство една од позначајните новини ќе биде и уредувањето на брачниот договор со кој брачните партнери договорно ќе може да ги уредат своите имотните односи. Освен ова, потребно е прецизно и темелно уредување на законскиот имотен режим со оглед дека постојното уредување на

¹⁴ За местото на семејното право во македонското граѓанско право повеќе види кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, Местото на семејното право во Граѓанското право на РМ, *Правник*, бр. 269, Здружение на правници на Република Македонија, Скопје, 2014.

¹⁵ Подробно за видовите на сопственост види кај Родна Живковска, *Стварно право*, Европа 92, 2005, стр.102-105.

¹⁶ Види повеќе за ова кај Ангел Ристов, „Актуелните проблеми во извршувањето на побарувањата на доверителите во македонското семејно и наследно право“, *Семинар на извршители*, 30 мај – 2 јуни 2013 Драч Албанија, Комора на извршители на Република Македонија, 2013.

¹⁷ Во практиката чести се ситуациите кога како извршен должник се јавува едниот од брачните партнери. Во случај кога неговиот посебен имот нема да биде доволен за намиравање на побарувањето на доверителот, се наметнува потребата од извршување на неговиот дел од заедничкиот имот на брачните партнери. Во ваков случај речиси редовно од страна на другиот брачен партнер се започнува спор за утврдување на поголем удел од од ½ во стекнувањето на заедничкиот имот. Ваквите постапки, во голем број на случаи, имаат за цел да го отежнат извршувањето врз делот од заедничкиот имот на брачниот партнер должник, а до завршувањето на спорот извршителите и доверителот се должни да чекаат да се заврши парницата која може да трае со години. Сепак, во практиката ова не се случува. Извршителите преземаат извршни дејствија на претпоставената ½ од заедничкиот имот која му припаѓа на извршниот должник. Покрај ова, доверителите и извршителите многу често се исправени пред дилемата кој имот е заеднички, а кој имот е посебен имот на брачните партнери, што исто така ја отежнува ефикасноста во нивната работа. Состојбата уште повеќе е отежната во случај кога брачните партнери се разведуваат или пак се разведени, но со нерегулирани имотни односи. Освен за доверителите повеќе годишните имотни парници негативно се одразуваат и на правилниот развој на децата. Ваквите проблеми се јавуваат пред се како резултат на застарените законски решенија во кои постојат правни празнини и нелогичности!

¹⁸ Ангел Ристов, „Актуелните прашања и дилеми поврзани со извршувањето на побарувањата во имотно-правните односи во македонското право“ *Меѓународен семинар на извршители*, Комора на извршители на Република Македонија, Сандански, мај 2015.

¹⁹ За ова повеќе види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за семејството...*, стр. 107-109; Dejan Mickovik, Angel Ristov, „Parental rights and responsibilities after divorce in Macedonia“, *International Survey of Family Law*, 2013.

²⁰ Комисијата за изготвување на Граѓанскиот законик на Република Македонија, заклучно до месец септември 2016 година, ги изготви Нацртот на Книга 3 – Облигациони односи и Нацртот на Книга 4 – Наследноправни односи. Изготвена е и првата верзија на теоретската рамка на Нацртот на Книга 5 – Семејни односи. Комисијата сеуште ги нема изготвено Нацртите на Книга 1 – Општ дел и Книга 2 – Стварноправни односи.

посебниот и заедничкиот имот има голем број на правни празнини и нелогичности кои создаваат правна несигурност. Во текстот што следи подробно ќе ги анализираме овие актуелни прашања во сферата на брачните и семејните односи.

1. Брачниот имотен режим во македонското семејно законодавство

Во македонското семејно законодавство постојат два имотни режими на брачните партнери: 1) законски имотен режим и 2) договорен имотен режим.²¹ Правилата со кои се уредени овие имотни режими на брачните партнери произлегуваат од Основниот закон за брак во далечната 1946 година и времето социјалистичкиот правен поредок.²² Овие правила немаат претрпено позначајни промени, освен што е напуштена општата одредба со која беше начелно предвидена можноста за договорно уредување на имотните односи. Поради ова, во нашето право доминира законскиот имотен режим на брачните партнери, според кој имотот на брачните партнери може да биде посебен и заеднички.²³ Причина за ова е фактот што основна претпоставка за постоењето на договорниот имотен режим и договорното уредување на имотните односи на брачните партнери е законското уредување на брачниот договор кој што нашето право законски сеуште не го уредува.²⁴

Во споредбеното право се присутни неколку режими на уредување на брачните имотни односи: режим на заеднички имот, режим на одвоен имот, режим на одложен заеднички имот и режим на универзална заедница.²⁵ Во одредени законодавства (Франција, Германија, Швајцарија и др.) се предвидени и законски уредени повеќе модели на брачни режими кои брачните партнери можат да ги изберат или пак со склучување на брачен договор можат да ги модификуваат креирајќи модел кој најмногу им одговара на нивните прилики и потреби.²⁶

²¹ Види повеќе кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право...*, стр. 321-329.

²² Подробно за ова види кај Миле Хаџивасилев, *op. cit.*, стр. 144.

²³ Види чл. 66 од ЗСДСП.

²⁴ Повеќе за брачниот договор види кај Ангел Ристов, „Брачен договор – непознаница, реалност или нужност во современото македонско семејно право“, *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на проф. Љиљана Спировиќ Трпеновска*, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2013.

²⁵ Според *режимот на заеднички имот* на брачните партнери, имотот кои што тие ќе го стекнат во текот на бракот со работа претставува нивен заеднички имот, освен имотот кои што ќе го стекнат по основ на подарок, наследство или легат. *Режимот на одвоен имот* подразбира дека имотот кој брачните партнери ќе го стекнат за време на бракот претставува нивен одвоен, посебен имот. Во рамките на *режимот на одложен заеднички имот* за време на траење на бракот брачните партнери самостојно се јавуваат како титулари на имотот кој добива статус на заеднички во моментот на делбата на истиот. Најредок е *режимот на универзална заедница* според кој имотот што брачните партнери го имале пред склучувањето на бракот, како и имотот што ќе го стекнат за време траење на бракот претставува заеднички имот, освен оној што ќе го стекнат со наследување. Повеќе за законските брачни имотни режими види кај: Gordana Kovaček Stanić, *Usporedno porodično pravo*, Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet, Novi Sad, 2002, стр. 43-62.

²⁶ За ова повеќе кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право...*, стр. 330-338.

2. Законски имотен режим

2.1. Посебен имот

Според нашето законодавство за посебен имот се смета имотот кој брачниот партнер *го поседува во време на склучување на бракот*,²⁷ но и оној имот кој што ќе го стекне за време траење на бракот *по основ на наследство, легат или подарок*.²⁸ Освен ова, во посебниот имот на брачниот партнер влегуваат и *стварите за задоволување на личните потреби*,²⁹ како и *стварите кои служат за вршење на неговата дејност*,³⁰ под услов нивната вредност да не е несразмерно голема во споредба со вредноста на заедничкиот имот. Во посебниот имот на брачниот партнер на кого децата му се доделени на чување и воспитување, исто така, влегуваат и *стварите кои им служат на децата* или се *наменети за нивна непосредна употреба*,³¹ како и оние *ствари за кои е очигледно дека е во интерес* да бидат во сопственост на брачниот партнер на кого децата се доверени.³²

Наведените законски одредби во постојното законодавство не се доволни од причина што не уредуваат поголем број на имотни односи кои произлегуваат од секојдневниот живот на брачните партнери. Во таа смисла, законодавецот пропуштил да уреди повеќе спорни прашања на кои долго време укажува судската пракса и теоријата, а кои е неопходно законски да бидат уредени во престојната реформа на семејното законодавство.³³ Станува збор за *статусот на цивилните плодови*, односно *приходите* добиени од посебниот имот на брачниот партнер за време траење на бракот кои што не се стекнуваат по основ на работа. Во таа насока, потребно е да се предвиди дека за посебен имот се сметаат *приходите од посебниот имот на брачниот партнер*, како што се на пример: каматите од штедните влогови, закупнините, дивидендите и др. Во посебниот имот влегува и делот од *имотот добиен по основ на делба на заедничкиот имот на брачните партнери*. Посебен имот претставува и *надоместот за претрпена нематеријална штета* на еден од брачните партнери по основ на правосилна пресуда. За посебен имот се сметаат и средствата кои едниот брачен партнер *ќе ги стекне по престанокот на брачната заедница* (заедницата на живот) и покрај тоа што бракот не е разведен.³⁴ Посебен имот ќе се смета и *имотот* кој едниот брачен партнер го купил за себе *пред склучување на бракот*, без разлика што втасаните рати биле отплакани во текот на бракот.

Во практиката спорно е и прашањето со статусот на добиените подароци. Со цел да се надминат проблемите во врска со докажувањето на статусот на подароците, потребно е да се прецизира дека *подароците кои според својата вредност*

²⁷ Чл. 68 ст. 1 од ЗСДСП.

²⁸ Чл. 68 ст. 2, *Ibid.*

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ Чл. 76. ст. 1, *Ibid.*

³¹ Чл. 77 ст 1, *Ibid.*

³² Чл. 77 ст. 2, *Ibid.*

³³ За ова види кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Кодификација на семејното право во Република Македонија“, *Зборник радова Правног факултета у Палама*, Правни факултет, Источно Сарајево, 2014: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон семејството...*, стр. 74-82.

³⁴ За ова види повеќе Одлука на ВСРМ Рев. 174/82 Збирка на судски одлуки Книга III стр. 189, одлука 17.

отстапуваат од вообичаените подароци во одредена средина и време или според намерата на работодавачот очигледно се врзани со личноста на едниот од брачните партнери дека претставуваат негов посебен имот.

Во имотните парници по разводот на бракот често се поставува прашањето за карактерот на недвижните ствари кои се посебен имот во кои е инвестирано од страна на двајцата брачни партнери во текот на бракот (реновирање, адаптации, доградби и надградби) со што е зголемена вредноста на недвижноста. По однос на ова прашање потребно е изрично да се предвиди почитување на начелото од стварното право *superficies solo cedit*³⁵ врз основа на кое другиот брачен партнер ќе има право на парично побарување, сразмерно на неговиот придонес. Овие прашања кои создаваат проблеми во практиката законодавецот треба задолжително прецизно да ги уреди во престојната реформа на семејното законодавство.

2.2. Заеднички имот

Според важечкото законодавство заедничкиот имот на брачните партнери е уреден само со една одредба! Законодавецот предвидел дека „имотот кој брачните партнери ќе го стекнат во текот на бракот претставува нивен заеднички имот“.³⁶ Ваквото определување на законодавецот ни од далеку не е доволно, прецизно и јасно поради што во практиката создава бројни дилеми. Основна причина за ова е фактот што во законската одредба недостасува клучниот основ врз основа на кој се стекнува заедничкиот имот на брачните партнери, а тоа е трудот. Во таа смисла, неопходно е во престојната реформа на семејното законодавство изречно да се предвиди дека имотот што брачните партнери ќе го стекнат за време на бракот *по основ на работа (труд)* претставува нивен *заеднички имот*. Работата на брачните партнери било заедничка, било одвоена претставува најзначаен основ за настанување на заедничкиот имот. Притоа „врската помеѓу работата и заедничкиот имот може да биде непосредна, ако е во прашање работа која донесува заработувачка, или посредна кога се работи за активности со кои на другиот брачен другар на различни начини му се овозможува или олеснува стекнување на заработувачка.“³⁷ Имајќи го во предвид ова, под поимот работа во брачните односи, според општоприфатеното становиште на судската пракса, не се смета само работата со која непосредно се стекнува или зголемува заедничкиот имот, туку и работата со која директно не се стекнува имотот, во која спаѓа одгледувањето и воспитувањето на децата, одржувањето на заедничкото домаќинство и друго. Во таа смисла, при утврдувањето на делот во стекнувањето на заедничкиот имот за време траење на брачната заедница, треба да се земе предвид и вредноста на оној труд кој жената или мажот го вложувале извршувајќи домашни работи.

³⁵ Повеќе за ова види кај: Ivo Puhan, "Superficies solo cedit u rimskom pravu", *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4, 1953, стр. 332-340; Petar Simonetti, *Градење на туѓем земљишту*, Svetlost, Sarajevo, 1982, стр. 38 - 40; Наташа Деретиќ, "Градење на туѓо земјиште", *Зборник во чест на Иво Пухан*, Правен факултет - Скопје, 1996, стр. 37-44. Angel Ristov, „Načelo superficies solo cedit u makedonskom stvarnom pravu“, *Pravni život*, Udruženje pravnika Srbije, br. 11, tom III, Beograd, 2008.

³⁶ Чл. 67 од ЗСДСП.

³⁷ М-р Славко Гелевски, *Закон за сопственост и други стварни права со коментар и судска пракса*, Лега Артис, Струга, 2002, стр. 142-143.

Со оглед на промените кои се случуваат во брачните и семејните односи во последниве неколку децении вака прифатеното становиште може да биде неправедно за една од страните. Доколку домашните работи, наместо сопругот или сопругата, ги извршува куќна послуга, за децата се грижи дадилка или гувернанта, неправедно би било во таков случај да се применува ваквата концепција за трудот.

И покрај тоа што заедничкиот имот претставува многу значајна и комплексна категорија, законодавецот не предвидел други одредби за попрецизно уредување на ова прашање! Во таа смисла, освен со работа, заедничкиот имот на брачните партнери може да се стекне и по основ на *подароци направени во корист на двајцата брачни партнери*, по пат на *тестаментално наследување*, како и по основ на други *товарни и даровни правни дела* во кои како носители се јавуваат и двајцата брачни партнери.

Во заедничкиот имот на брачните партнери влегува *движниот и недвижниот имот* кој што го стекнале во текот на бракот *од заедничките парични средства или приходи добиени од заедничкиот имот*. Во заедничкиот имот влегува и *надоместот на материјална штета* причинета на ствари кои се во заедничка сопственост на брачните партнери, *заедничките штетни влогови*, како и *цивилни плодови (приходи) добиени од заедничкиот имот* (закупнина од заеднички стан или деловен простор, дивиденда од акции купени од заеднички имот и сл.).

Во нашето семејно законодавство недостасуваат одредби за уредување на статусот на приходите добиени од авторските и сродни права, како и правата од индустриска сопственост стекнати за време траење на брачната заедница. Спорно прашање е дали тие претставуваат посебен имот или пак влегуваат во заедничкиот имот на брачните партнери. Во однос на ова прашање присутни се две становишта.³⁸ Според првото мислење, стекнатиот имот претставува заеднички имот поради тоа што, иако авторското дело е резултат на интелектуалните способности на едниот брачен партнер, сепак и другиот на посреден начин придонел во создавањето на авторското дело, а со тоа и во приходот по основ на авторство. Второто мислење смета дека авторското дело е резултат на креативната интелектуална работа на едниот брачен партнер, која не познава заедништво. Во домашната судска пракса е прифатено првото становиште. Сметаме дека ваквото становиште е погрешно од причина што е во спротивност со креативноста и интелектот кои се индивидуална категорија. Поради ова, во престојната реформа неопходно е изречно да биде предвидено дека приходите добиени од правата од интелектуална сопственост остварени за време траење на бракот претставуваат посебен имот на брачниот партнер по основ на авторство. Освен ова, спорно е прашањето за приходите од правата на интелектуалната сопственост кои биле создадени пред бракот да биде склучен, а се ефектуираат за време траењето на брачната заедница. И во овој случај, овие приходи не треба да влегуваат во заедничкиот имот и треба да се сметаат за посебен имот. Покрај ова, во нашето семејното законодавство недостасува и одредба со која се уредува имотот стекнат врз основа на игри на среќа (лотарија, спортска прогноза, грепки и др.). Во таа насока е потребно законодавецот да предвиди одредба според која имотот стекнат по пат на игри на среќа претставува заеднички имот, освен ако еден од брачните партнери во игрите на среќа не вложил средства од посебниот имот.

³⁸ За ова види кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право...*, стр. 325-326.

Според востановената судска практика на Врховниот суд на Македонија, заедничкиот имот на брачните партнери е и имотот стекнат *врз основа на договор за доживотна издршка*, и покрај тоа што како давател на издршката се јавува само едниот брачен партнер. Ваквиот став Врховниот суд го засновува на тезата дека додека едниот брачен партнер се грижи за примателот на издршката, другиот брачен партнер ги врши и остварува работите во заедничкото домаќинство и обврските поврзани со одгледување и воспитување на децата. Ова становиште предизвикува негативни реакции кај граѓаните кои се јавуваат како приматели и даватели на издршката. Причина е тоа што договорот за доживотна издршка се заснова на заемната доверба на примателот и давателот на издршката, а добрите односи помеѓу нив се од суштествено значење за реализацијата на овој договор. Доколку во договорот се предвидени и двајцата брачни партнери тогаш е оправдано да се применува овој концепт прифатен во судската пракса. Но, доколку е предвиден само еден од брачните партнери тогаш намерата е јасна на примателот на издршката, имотот да му припадне исклучиво на давателот на издршката. Поради ова, во праксата се избегнува склучувањето на овој договор за сметка на договорот за подарок. Затоа во престојната реформа треба да биде уредено и ова прашање.

За заеднички имот се смета и имотот кој брачните партнери го стекнале во текот на бракот по основ на *кредит* кој што бил земен и исплатуван од двајцата брачни партнери. Ваков е ставот и на Врховниот суд на Македонија, кој одлучил дека „станот купен на кредит во текот на брачната заедница, претставува заедничка сопственост на брачните другари без оглед на тоа кој од брачните другари го земал кредитот и кој го отплатувал по раскинувањето на брачната заедница. Брачниот другар на чие име не е земен кредитот, е должен да учествува во отплатување на одделните рати од така земениот кредит кои се стасани по раскинувањето на брачната заедница, сразмерно со утврдениот дел на правото на сопственост на тој стан.“

3. Договорен брачен имотен режим

3.1. Договорно уредување на имотните односи според важечкото право

Договорниот брачен имотен режим и можноста за договорно уредување на имотните односи на брачните партнери во нашето законодавство не се добро уредени. Во споредба со решенијата предвидени во Основниот закон за бракот од 1946 година, постојното законодавство е многу пооскудно давајќи примат на законскиот брачен имотен режим.³⁹ Ова се должи на фактот што во сферата на договорниот имотен режим нашиот законодавец изречно го предвидува само договорот со кој брачните партнери го уредуваат управувањето и располагањето со посебниот и заедничкиот имот.⁴⁰ Меѓутоа,

³⁹ Повеќе за уредувањето на имотните односи на брачните другари да се види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право*, Блесок, Скопје, 2016, стр. 321-329; Љиљана Спиrowиќ Трпеновска, *Семејно право*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, 2008, стр. 240-252; Божидар Кочов, „Имотните односи на брачните другари“ *Семејното законодавство на Република Македонија*, Врховен суд на Република Македонија, Скопје, 1994, стр. 197-214.

⁴⁰ „Во нашето право брачните другари можат да склучат договор за начинот на управување и начинот на располагање со имотот. Притоа, ваков договор брачните другари можат да склучат како во однос на

овој договор претставува само еден незначителен дел од договорниот имотен режим на имотот на брачните другари кој во праксата ретко се применува.

3.2. Брачен договор

Во споредбеното право, за разлика од македонското, преовладуваат семејните законодавства кои покрај законскиот имотен режим дозволуваат брачните партнери самите да го изберат или уредат моделот на брачниот имотен режим.⁴¹ Врз основа на начелото на автономија на волјата тие ги уредуваат имотните односи според своите потреби и желби. Основна претпоставка за остварување на ваквата можност е уредувањето на брачниот договор⁴², како елементарна претпоставка за постоење на договорниот брачен имотен режим.

Промените во општествените, сопственичките односи, како и промените во улогата на жената во општеството, бракот и семејството, неминовно ја наметнаа потребата од поголема слобода во договорното уредувањето на имотните односи помеѓу брачните партнери. Во нашето право брачниот договор законски не е уреден. Меѓутоа, во практиката тој се склучува врз основа на начелото на слободно уредување на облигационите односи, без притоа да се води сметка за начелата на семејното право.⁴³

За разлика од нашето право, воведувањето и регулирањето на брачниот договор претставува една од најзначајните новини предвидени во реформите на семејното

посебниот, така и во однос на заедничкиот имот.“ Љиљана Спировиќ Трпеновска, *op. cit.*, стр. 250-251.

⁴¹ Предвидените законски режими на имотот на брачните партнери не секогаш е соодветен и прифатлив за секоја брачна двојка. Ова произлегува од фактот што брачните парови имаат различни потреби и желби. Во таа смисла, нивните барања во однос на економските (имотните) односи и потреби можат да се променат за време траење на брачната заедница. Затоа е многу важен моментот кога можат и што можат брачните партнери да договорат надвор од основниот законски имотен режим, притоа самите уредувајќи ги нивните имотни односи. Види за ова повеќе кај Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1999, стр. 135-136.

⁴² Во теоријата е присутно мислењето дека терминот „брачен договор“ не е адекватен за договорот со кој се уредуваат имотните односи помеѓу брачните другари. Ова од причина што во одредени законодавства овој договор може да биде склучен и пред стапувањето во брак од страна на идните брачни другари. Покрај ова, ваков договор можат да склучат и вонбрачните другари кои под одредени услови се изедначени со брачните другари. Ваков договор во одредени законодавства можат да склучат и истополните партнери. Поопширно за ова да се види кај: Ненад Тешиќ, „Љубав на први потпис“ – О моралности брачних уговора, *Анали Правног факултета у Београду*, LVII, 22/2009, стр. 230-231; Зоран Поњавиќ, „Брачни уговор“ *Анали Правног факултета у Београду*, 5/2009, стр.229-230; Marija Ignjatović, *Imovinski ugovor bračnih drugova u pravu Republike Srbije*, *Nesklad teorije i prakse, Pravni život*, 10/2008, стр. 490-491. Во правото на САД според Принципите за правото на престанок на бракот (погл. 7) постои јасна дистинкција и различна терминологија за ваквите договори: предбрачен договор (*premarital agreement*), брачен договор (*marital agreement*), договор помеѓу сегашните и идните вонбрачни партнери (*agreement between current or prospective domestic partners*). Види § 7.01 (3) *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, The American Law Institute, May, 16, 2000. Цит. според Ненад Тешиќ, *op. cit.*, стр. 231.

⁴³ Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „За дозволеноста на брачниот договор: Брак од љубов или брак од интерес, *Правник*, бр. 284, Здружение на правниците на Република Македонија, Скопје, 2015.

законодавство на поранешните социјалистичките држави (Хрватска,⁴⁴ Србија,⁴⁵ Русија,⁴⁶ Бугарија,⁴⁷ Црна Гора, Република Српска, Унгарија и др).⁴⁸ Воведувањето на брачниот договор во нашето законодавство ќе биде една од најзначајните реформи на семејното право.⁴⁹ Брачниот договор е еден од најконтраверзните договори во семејното право. Поради тоа, тој има голем број противници, кои сметаат дека овој договор не одговара на современиот карактер на бракот кој се заснова на љубовта, а не на материјалните интереси. Во таа смисла, основниот проблем на брачниот договор е тоа што во брачните односи го воведува принципот на интерес и желба за профит, карактеристични за пазарните односи. Тоа според неговите противници значи да се воведат себичност и егоизам во една врска што во основа треба да почива врз љубов, почитување и помагање, подготвеност за жртвување и несебична поддршка на партнерот. Во однос на ова, со право Живоин Перич истакнува дека „бракот не е само економска, туку и морална заедница; доколку помеѓу сопрузите не постои љубов, тогаш бракот би бил само имотна, сметководствена заедница; бракот не би имал морална подлога ниту пак би му одговарал на поимот и битието на бракот.“ Прифаќањето на брачниот договор е показател дека законодавецот повеќе внимание посветува на интересите на поединецот, наместо на благосостојбата на брачниот пар. Ова негативно влијае на стабилноста и на успехот на бракот, ја уништува романтиката во него, поради што често доведува до развод на брак. Оттука, брачниот договор често е индикатор дека помеѓу брачните другари не постои доверба и дека токму поради тоа тие се обидуваат уште на почетокот на бракот да ги заштитат своите имотни и финансиски интереси подготвувајќи се за евентуален развод на бракот.

Наспроти негативните критики, сепак брачниот договор има бројни приврзаници, кои истакнуваат дека со него се овозможува да дојде до израз слободната волја на брачните партнери, врз основа на која тие можат да ги менуваат ригидните законски рамки за уредување на имотните односи. Приврзаниците на овој договор сметаат дека со него се овозможува полесен развод на брак, поради тоа што брачните другари нема да мора да водат долга, тешка и неизвесна „војна“ околу поделбата на

⁴⁴ За брачниот договор во хрватското право подробно види кај: Mira Alinčić, Dubravka Hrabar, Dijana Jakovac-Lozić, Aleksandra Korać-Graovac, *Obiteljsko pravo*, Narodne Novine, Zagreb, 2007, стр. 514-518.

⁴⁵ За брачниот договор во српското право општо да се види кај: Слободан Панов, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 356-368; Гордана Ковачек Станић, *Породично право: партнерско, дече и старатељско право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2007, стр. 125-129; Marija Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2009, стр. 408-412; Milan Počuča, *Porodično pravo*, Univerzitet Privredna Akademija, Novi Sad, 2010, стр. 324-326;

⁴⁶ За промените во руското право види повеќе кај: Александра Матвеевна Нечаева, *Семейное право*, Юрайт, Москва, 2011, стр. 77-78.

⁴⁷ „Воведувањето на институтот брачен договор може да се определи како срцевина на извршената од новиот Семеен кодекс законодавна реформа во областа на брачните имотни односи“. Екатерина Матеева, *Семейно право на Република Бугарија*, ВСУ „Черноризец Храбър“, Софија, 2010, стр. 164. Подробно за брачниот договор да се види и кај: Цанка Цанкова, Методи Марков, Анна Станева, Велина Тодорова, *Коментар на новиот Семеен Кодекс*, ИК „Труд и право“, Софија, 2009, стр. 105-133; Методи Марков, *Семейно и наследствено право*, Сиби, Софија, 2009, стр. 58-63.

⁴⁸ За брачниот договор во споредбеното право повеќе да се види кај: Gordana Kovaček Stanić, *Uporedno porodično pravo...*, стр. 62-72.

⁴⁹ Види повеќе кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за семејството...*, стр. 74-82.

имотот при развод на брак. Според Фред Силберберг постојат десет основни причини поради кои треба да се дозволи склучување на брачен договор: 1) Склучувањето брачен договор помага брачните другари меѓусебно подобро да се запознаат; 2) Нерешените финансиските и имотни прашања можат да ги нарушат односите помеѓу партнерите; 3) Посебниот имот треба да остане непроменет; 4) Брачните обврски често не можат да се поделат; 5) Разводот на бракот е скап; 6) Брачниот договор го зачувува мирот во семејството; 7) Финансиската независност влијае на посреќните односи; 8) Брачниот договор обезбедува слобода во однос на другите долгови; 9) Законот не секогаш е фер и праведен во однос на поделбата на имотот и 10) Очекувањата на партнерите се предвидени однапред.

Со можноста брачните другари да склучат брачен договор се остварува нивната слободна волја и се овозможува тие да ги регулираат нивните имотни односи на различен начин од оној што го има предвидено законот. Во секоја земја законодавецот предвидува униформни решенија за имотните односи помеѓу брачните другари, кои може да не ги задоволуваат потребите на сите парови, поради големите разлики што постојат помеѓу нив во однос на имотната состојба, но и во однос на нивните интелектуални и емотивни карактеристики, нивните желби, потреби и интереси. Брачниот договор овозможува на парот да постигне договор за имотните односи и за финансиите, кои често претставуваат извор на најголемите конфликти во текот на бракот. Освен тоа, склучувањето брачен договор може да влијае и превентивно и да спречи партнерите да склучат брак кој потоа би бил неуспешен.

Брачниот договор има долга правна традиција во поголем број европски законодавства, како на пример Франција,⁵⁰ Германија,⁵¹ Австрија,⁵² Швајцарија,⁵³ Шведска, Грција и други во кои тој е подробно уреден. За разлика од нив, во одредени понови законодавства, како што е тоа случајот со Србија, Хрватска и Црна Гора брачниот договор е регулиран само со неколку одредби. Нашиот законодавец треба да го следи примерот на законодавствата кои потемелно ги уредуваат брачниот договор.

Наведените аргументи во прилог на брачниот договор ни даваат за право да констатираме дека предвидувањето на овој договор во нашето право ќе биде од голема корист за брачните партнери, за добрите семејни односи, како и за правната сигурност. Притоа, законодавецот треба темелно да ги регулира сите позначајни прашања поврзани со брачниот договор, со цел да се избегнат можни дилеми и правни празнини. Имајќи ги предвид решенијата во споредбеното право, како и поставеноста и улогата на нотаријатот во нашиот правен систем, сметаме дека е најцелисходно нотарите да ги составуваат брачни договори во форма на нотарски акт или да бидат надлежни за нивна заверка. Со ова практично би се озаконоило она што веќе се случува во праксата, а тоа е

⁵⁰ Види повеќе кај: Jean Carbonier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, Quadrriage/Puf*, Paris, 2004.

⁵¹ Повеќе за брачниот договор во Германското право види кај: Peter Gotwald, Dieter Schwab, Eva Büttner, *Family and Succession Law*, Wolter Kluwer International, 2001; Ј.Фон Штаудингер, *Основи на граѓанското право*, Арс Ламина, Скопје, 2014, стр. 1076-1079.

⁵² Види поопширно кај Werner Ogris, Paul Oberhammer, *Législation Comparée: Autriche*, No. 8, Éditions du Juris'Classeur, 1997.

⁵³ За ова подробно види кај: D. Giesen, *Familienrecht*, Tübingen, 1994; Ch. Brückner, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zürich, 1993; Grossen Guillod, *Législation compare: Suisse*, Éditions du Juris-Classeur, No. 2, 1999.

заверка на договори што ги склучуваат брачните другари кај нотар. Брачниот договор во нашиот правен систем би можел да се склучува како пред стапувањето во брак, така и по склучувањето на бракот. Во брачниот договор брачните партнери ќе може да ги уредат само имотните односи за време траење на бракот, како и последиците поврзани со имотот по престанокот на бракот. Со брачниот договор ќе може да се измени законскиот режим на заедничкиот имот, а тој може да се однесува на постојниот и на идниот имот кој ќе го стекнат брачните партнери. Брачните партнери во договорот би можеле да го одредат режимот на имотот што ќе го стекнат (сопственост, сосопственост или заедничка сопственост), нивните удели, правата и обврските во меѓусебното издржување, користењето на приходите на едниот брачен другар од страна на другиот, намирувањето на трошоците за семејниот живот, определувањето на имотот што ќе му припадне на секој од брачните другари во случај на престанок на бракот, како и статусот на семејниот дом и други имотни прашања. Со брачниот договор партнерите не би можеле да ги изменат императивните законски норми кои се однесуваат на правото на издршка, обврската за намирување на трошоците на семејниот живот и обврските на родителите во однос на децата.

Со предвидувањето на брачниот договор нашето законодавство ќе се хармонизира со принципите на Комисијата за Европско семејно право во однос на имотните односи.⁵⁴ Освен уредувањето на брачниот договор, од големо значење ќе биде и прецизното уредување на посебниот и заедничкиот имот. Овие законски промени ќе придонесат за поголема правна сигурност во имотните односи, растоварување на судовите и избегнување на непотребните финансиски трошоци. Тие ќе придонесат за помалку тензични односи по разводот на бракот кои ќе влијаат за правилен развој на заедничките деца.

Заклучок

Темелното уредување на имотните односи е од големо значење за добрите односи во бракот и семејството кои се од големо значење за правилниот развој на децата. Се додека љубовта постои за брачните имотни односи многу не се размислува. Но штом ќе престане, започнува битката за докажување што на кого му припаѓа и колку. Ова од причина што во практиката ретки се случаите на цивилизирана и праведна поделба на заедничкиот имот. Прецизното уредување на брачните имотни односи е значајно и за правната сигурност во имотните односи на брачните партнери со трети лица. Доверителите и извршителите се соочуваат со бројни проблеми поврзани со реализацијата на побарувањата. Застарените решенија негативно се одразуваат и во рамките на судската заштита. Судовите се оптоваруваат со непотребни предмети кои скапо ги чинат брачните партнери и доверители во долгите и тешки парници на докажување од кои нервозите и тензичните состојби на поранешните брачни партнери се пренесуваат на децата. Оттука, законодавецот е должен да изнајде посоодветни решенија од постојните, со цел да се надминат овие проблеми во практиката. Во современото живеење брачните партнери имаат потреба од поголема слобода во уредувањето на имотните односи кои одговараат на нивните прилики и, потреби и желби. Поради тоа во престојната реформа на семејното законодавство во Граѓанскиот законик, законодавецот треба прецизно да ги уреди сите прашања поврзани со заедничкиот и посебниот имот, не оставајќи простор за правни празнини и дилеми. Со

⁵⁴ Види повеќе Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses.

предвидувањето на брачниот договор и неговото темелно уредување ќе се овозможи поголема слобода на брачните другари и ќе се зголеми правна сигурност во имотните односи. Дали партнерите ќе стапат во брак од љубов не водејќи сметка за имотните односи или ќе стапат во брак со рационални интереси зависи од нив. На крајот, кога љубовта ќе престане сметката ќе биде испорачана, но таа полесно ќе биде расчистена за партнерите кои добро ги уредиле имотните односи.

OPPORTNITIES AND PERSPECTIVES ON THE APPLICATION OF MEDIATION IN THE ACTIVITY OF PUBLIC ADMINISTRATION

Angela Zubco

PnD, Associate Professor,
Faculty of International Relations,
Political and Administrative Sciences,
Moldova State University
analectahomwork@gmail.com

Abstract

The research argues the need to promote mediation in the activity of the public administration by training civil servants in order to prevent and solve extrajudicial (out-of-court) conflicts arisen in the sphere of activity. The effectiveness of the application of mediation in the preliminary procedure is argued by the wide range of beneficiaries of the public administration, typology of the conflicts characteristic to the public administration, specificity of the settlement procedure imposed by the status of the civil servant and issues of administrative contentious. Started on a wide range of topics, the mediation highlights the peculiarities thereof, the issues related to the limits of the application of ADR measures, analyzes the legislation of the Republic of Moldova and the tendency to connect it with the European Union recommendations in the field. The research advocates promoting good EU practices in the field, respecting the national peculiarities of applying the mediation in public service delivery and creates a clear vision of the immediate and lasting impact of this method in the proper management of conflicts, balancing of the climate in the community and quality of public services delivered, aspects which are harmoniously fit in the processes of reforming the public administration both in the European Union countries and in the neighbouring countries.

Keywords: *alternative dispute resolution, European mediator, mediator profession, social mediator, community mediation, local authorities, conflicts, cooperation, reformation, mediators, community mediation centres.*

1. The motivation to apply mediation in the activity of public administration

Over the past 20 years the public sectors of all countries have undergone major change as governments try to respond to the challenges of technological change, globalization and international competitiveness.

More and more we encounter internationalization of the legal provisions in the field, the status of civil servant and the need to save resources and time to overcome conflicts that hinder public authorities' work in providing services, which has contributed to the widespread use of alternative conflict resolution measures. Mediation skills have become important elements,

even as preconditions of efficient reform of the public administration and the orientation of its activity towards the interests of the citizen. The countries in the European Union neighbourhood have harmonized legislation in this particular field in order to adhere to achieve international standards. The motivation to apply mediation in these states derives from the good practices of applying these methods in the administrative activity of the EU member countries, the work of the European mediator in the Council of Europe, specialized in mediating conflicts between public authorities and private individuals, as well as from framing this topic in the modern system of quality management of public services provided. Both the EU Member States and the neighbouring countries have a number of national peculiarities regarding the application of mediation in the field of administrative work. Post-Soviet states face a number of problems on the reorganization of the administrative system and the extension of staff competencies, the politicization of public administration, arbitrariness and rigidity, the inertia of a bureaucratic society inherited from the totalitarian system, etc.

Mediation can offer practitioners in public institutions in all countries the opportunity to have better results in delivering public services, to cooperate with citizens in promoting useful activities for the entire community, supporting public-private partnership and maintaining a favourable climate of internal activity. The new standards of administrative development in the European area call for profound reforms in public administration both in the EU Member States and in the acceding countries of South-Eastern Europe. The scope of this research is to promote mediation as a method of preventing and solving, in a fast and efficient way, conflicts that might arise in the sphere of public administration and the process of reform of public administration, both in the member states of the EU and in the Republic of Moldova. The objectives of the research focus on the impact of this process on the EU states, the capitalization on the good practices that emerge and the provision of solutions to overcome legislative convergence in the field. The starting points for this is the obligation of public administration to cooperate with the beneficiaries when they decide to resort to extrajudicial conflict resolution measures and the necessity of improvement of the quality of services provided to our citizens and the maintenance of quality policies.

1.1. Reflection of mediation in the concept of public administration reform and the particularities of its application

In the European space, the mediation procedure is recommended to the public administration, which the complexity of the activity reports places at a certain moment in various conflicting situations, specific to the civil law relations, for approximation between the administrative authorities and citizens. The conditions for promoting alternative methods were formulated in the recommendations of the Committee of Ministers to the Member States of the European Union, including Recommendation No. 9 of 2001 on alternative ways in settling disputes between administrative authorities and private persons, and the Guidelines for improving the implementation of existing recommendations (CEPEJ) (2007) 14. This normative experience transposed into the national practice of the EU member states and into the neighbourhood's one comes to support the EU's objectives and to help bring the administrative authorities closer to the citizens, to settle the administrative conflicts more quickly, to relieve the courts of certain cases that are likely to be amicably settled, to reduce the costs and reduce the time for solution, to resort to the principle of equity, and not just to the law. However, the European Parliament and the EU Council have subsequently chosen to leave these issues to be decisively and compulsorily regulated at national level, depending on

the national legal and procedural regulation, individualized at the level of each Member State. This increased the diversity of jurisdiction, any uniformity at international level becoming very difficult.

In accordance with international recommendations, the application of mediation in administrative activity requires a series of peculiarities and conditions related to ensuring the right of the parties to adequate information on the possibility of resorting to the alternative ways, ensuring the independence and impartiality of the mediators and judges involved in these processes. Another important moment is the guarantee of a fair procedure that will ensure respect for the rights of the parties, principles of equality, transparency in the use of alternative ways and a certain degree of discretion in ensuring the execution of the solutions found by resorting to them. Except mostly for the particularities of the mediation process in which a public authority is involved, we shall underline that the mediation may be initiated by any party involved in the conflict by a judge in a judicial process or may be mandatory by law as an extrajudicial method. The mediators shall be free to choose strategies, techniques and tactics of work in the mediation process. They may establish separate meetings with each other or may work simultaneously in order to find a commonly accepted solution, may invite the administrative authority to cancel, withdraw or amend the administrative act on grounds of opportunity or legality. In this respect, the European Union proposes as good practices various innovative forms of mediation to stimulate and streamline these procedures and to cover all the problems that may arise in this process. The purpose thereof is to offer to all categories of beneficiaries the right to access to mediation, to choose the most efficient procedure, to save time and resources.

A good EU practice in this area is promoted through the activity of the SOLVIT system, a service provided by the national administrations dealing with cross-border issues related to the incorrect application of EU legislation by the national public administrations within the internal market. There exists a SOLVIT Centre in every EU country, as well as in Norway, Iceland and Liechtenstein, through which the public authorities solve online, free of charge, problems with the participation of citizens and business agencies related to social, tax insurance; internal community market (respecting social security rights; administrative barriers in business). A well-known practice is the activity of the Ombudsman's Government Offices which investigates petitions related to abuses or omissions in the administration activity or in the activity of the Non-government Centre CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution), which implements conflict mediation schemes involving local authorities: work conflicts, divergences with product/ service providers, community disputes, local planning.

Some states apply mixed systems of mediation, combining it harmoniously with the classical judicial form. In Belgium, for example, although the article 1274 of the Judicial Code prohibits public institutions from participating in mediation, except for cases authorized by Royal Decree or by law, two federal mediators have been appointed to examine complaints about the functioning of administrative and federal authorities. In France, the Ombudsman and institutionalized mediators deal with complaints against the authorities (the mediators are organized in committees for friendly settlement of disputes or for disputes concerning public procurement, in regional commissions for conciliation and accident compensation, mediators specialized in education and higher education etc.). They support the parties to reach an amicable and equitable solution to their disputes. Moreover, the administrative courts may recommend mediation within procedural framework in accordance with Law No. 95-125 of February 08, 1995 on the organization of civil, criminal and administrative courts and

procedures, in accordance with the Decree No. 96-652 of July 22, 1996 on conciliation and mediation. England and Wales conduct this type of mediation through the Ministry of Justice, an authority responsible for mediation policy, including promotion thereof. In order to ensure the quality of mediation recommended by the court in civil litigations (with the exception of family disputes in the jurisdiction of England and Wales), the authorities coordinated their activity with the Civil Mediation Council (CMC) to introduce an accreditation program. CMC is an organization representing mediators in civil and commercial matters. At the moment, the courts transmit the cases only to the mediators accredited by CMC. Thus, at international level one can see the use on a large scale of different forms of procedures in applying the mediation, with a number of official structures in most of the states that regulated the mediation and formally introduced it as a compromise method by standardizing and regulating it. The acceptance of mediation is provided by normative acts in the field as an option which the parties may or may not follow. However, analysing both the voluntary and compulsory nature of accepting mediation in the general context of all the normative acts governing the public authorities as a whole, as well as the principles that govern the activity of the public authorities, one can conclude the inclusion in the extended attribution of cooperation and the one of acceptance of mediation.

The European practice promotes the community mediation. The community mediation, as a form of dispute settlement at the level of the citizen and local public institutions, is a novelty in the European countries but it is widely spread in the United States of America, Canada, Western European countries, predominantly the United Kingdom and Ireland, South American continent, African continent, especially South Africa and in areas of Central Asia. At international level, there is a widespread use of mediation, with a number of official structures in most of the EU Member States that have regulated the mediation and have formally introduced it as a compromise method by standardizing and regulating it. In the European space, the mediation procedure is recommended to the public administration, which the complexity of the activity reports places at a time in various conflict situations, specific to the civil law relations, for approximation between the administrative authorities and citizens. The European Code of Conduct for Mediators provides guidance to mediators and offers to customers the certainty of professional advice. Different collaboration platforms have been established at European level, in order to promote a unitary understanding of the concept, ethical and deontological standards for the exercise of the profession and, last but not least, minimum standards or minimum training requirements for mediator.

A special place is attributed, within the EU, to the Institution “European Mediator/ European Ombudsman”. The concept of mediation and its implementation has involved a long-lasting evolutionary process even in countries with a tradition of mediation, such as the USA, Scandinavian countries, Germany or France. The European Union has also established a mediation mechanism within the Council of Europe. The Treaty of Maastricht (Article 138E) and the establishment of a European mediator changed the concept of the relationship between the public administration and its citizens. Thus, there has been established a mechanism by which the citizens can defend their interests before the authorities, when all legal ways in the state of origin have been exhausted in defending rights violated by the administrative authorities. This institution was proposed for the EU in 1990 by Denmark, the idea being taken from the tradition of the institution of the ombudsman. The European mediator’s office is located in the Palace of Europe in Strasbourg. The mediator is appointed by the Parliament for a term of 5 years with the right to renew the mandate and may be revoked by the Court of

Justice (ECJ) at the initiative of the Parliament, supported by 1/10 of the deputies. The European Mediator carries out his/ her work in full autonomy, without the involvement of the authorities, in a respectful environment. The citizens may address any complaints about the functioning of the community administration, followed by an investigation initiated by the mediator on the activity of the incriminated institution. Finally, a report is prepared for the Parliament, petitioner and respective administration where the results of the investigation are communicated. From now on, the mediator has the task of negotiating in order to bring the various points of view closer. In the case of an obvious administrative error, the mediator proposes remedies, and at the time of refusal to cooperate, he/ she can request a parliamentary intervention.

From the above mentioned it is noted that not all European countries have a special law that would regulate the application of mediation. In some countries the mediation is promoted on the basis of some activities of non-governmental organizations or courts and civil procedures, depending on national legal and procedural regulation, individualized at the level of each Member State.

1.1.1. The experience of the Republic of Moldova in the field of mediation

In the Republic of Moldova the mediation is promoted on the basis of the Mediation Law No. 137 of 03/07/2015. The law aims to facilitate access to mediation, establishment of conditions for accession to the profession, establishment of a body of qualified mediators, delimitation of the competences of the Ministry of Justice and of the Mediation Council, the body responsible for mediation with the Ministry of Justice of the Republic of Moldova. According to the Law, the Mediation Council proposes the development of policies and improvement of the regulatory framework and the Ministry of Justice coordinates the implementation of the policy documents. The new mediation provisions provide a series of facilities related to the possibility of solving conflicts outside the judicial process as well as within the judicial process according to the Civil Procedure Code of the Republic of Moldova No. 225/2003 by Chapter XIII 1 Judicial Mediation. The persons involved in a pending conflict in the court may also request the support and assistance of a mediator, and they may benefit from certain state tax exemptions. If the case is in the court of first instance and the conflict has been solved amicably with the help of the mediator, the state fee shall be fully refunded. According to the legislation of the Republic of Moldova, the mediation can be promoted within the public administration by training the officials or in the format of extrajudicial mediation. The process of implementing the modernization of public administration in our country is in conflict with some convergence because of a gap between the theoretical implementation and practical implementation due to contextual factors: degree of executive centralization, administrative and legal traditions etc. De jure, the basic purpose of modernization of public administration in the Republic of Moldova is oriented towards predictability, accountability and efficiency. The objectives of the quality management in public administration must fit perfectly into this modernization process by increasing the quality of public services and modernization thereof. De facto, the Moldovan public administration faces a number of problems that affect the quality of services: it needs stability and continuity, it is politicized, arbitrary and rigid, subjected to an inertia of a bureaucratic society inherited from the totalitarian system that we am lived in the '90s, where the formalism substitutes the public interest, and various conflicts become more and more possible. The area of beneficiaries of public services has grown: citizens, private persons, public associations,

representatives of trade unions, political parties. There are often conflicts that can only be solved through the administrative contentious procedure.

According to legal recommendations, in the disputes arising from administrative contentious relations the provisions of the Law on Mediation of the Republic of Moldova shall apply to the extent they do not contradict the legislation governing the negotiation of transactions with the participation of legal entities governed by public law and conditions for the conclusion of such transactions. The public authorities and mediation organizations that organize mediation services in the area of administrative contentious litigations may establish additional criteria for the qualification of mediators to be trained in mediating such disputes, and may approve lists of mediators involved in resolving qualified conflicts as administrative contentious conflicts.

The particularities of the application of mediation in the activity of the public administration are closely related to the current context of activity of the public administration determined by the evolution and quality of the legal regulations in the respective field, improvement of the quality of the public services offered to the citizen, opening to cooperation and active participation thereof in the administrative act. The status of civil servant and the professional ethics and deontology limits of civil servants institutionally define the responsibilities of the human element within an administrative system so that it may become functional, responsible and efficient. The obligation of public authorities to cooperate with beneficiaries in mediation is an attribution in the public authorities' tasks. The need to quickly resolve or prevent the conflict, saving time, largely linked to the status of civil servant, requires the need to overcome the professional conflict situation within time limits. The specific and vast typology of administrative conflicts (conflicts regarding legality, conflicts of competence, conflicts of interests, labour conflicts, conflicts between public administration and private persons), the broad spectrum of actors involved in the activity of public institutions (officials or agents representing public authorities, private persons, public associations, representatives of political parties, justice professionals, economic agents etc.) require specialization of mediators in this field. The area of negotiable subjects (financial, economic, fiscal, of social equity, legal etc.), the presence of the national, socio-political element, inter-ethnic conflicts etc., the activity under multiparty system demands a special effort and a change of strategy in the activity of the public administration.

In such situation, the purpose of applying mediation is to contribute to reforming the administrative system through the promotion of modern and efficient quality management activities, and the objectives of applying mediation in the activity of public administration are related to the framing of these alternative mechanisms of prevention/ settlement of conflicts from the sphere of activity of public administration in the concept of modernizing the Public Services by streamlining and improving the quality of services with maximum positive impact on the citizen. Such alternative method is an important mechanism in modernizing public administration by providing an emotional balance in the collective, a focus on work tasks and a more efficient activity of the whole institution. The training of civil servants to solve conflicts through mediation brings advantages through the ability to prevent possible conflicts, solve them by themselves, or to call on a specialist mediator in the case provided by the law. The concept of mediation and the idea of amicable settlement of conflicts are in close connection with the Law on public positions (functions) and statute of civil servant, Code of conduct for civil servant, Concept on personnel policy in the public service, other normative acts reflecting the basic principles of public service, rights and obligations of civil servants, service relations

etc. The mediation allows solving the politicized confrontations of the administration by promoting the national interest in the settlement of conflicts related to infrastructure, social protection, limiting the effects of pollution etc. The skilful shift through social contradictions to solve any amicable conflict shall ensure the efficiency of the external and internal activity of the public authorities and guarantees the efficiency of the collaboration of the entire system of the public administration.

However, in the Republic of Moldova the administrative mediation is accepted more in the form of professional mediation (extrajudicial or judicial proceedings), as well as in community mediation (extrajudicial). The civil servants do not receive specialized training in mediation field and thus they cannot be trained in preventing or solving conflicts in the provision of public services or in solving internal conflicts within working groups. In our opinion, the current normative framework, in the field of mediation, is extremely placed in the legal field of activity, and the training of the specialists is very fragmented and passed in the more pedagogical curricular area with elements of law than in an area of specialization and fortification of the working practice. Many of the trained mediators encounter certain problems in promoting certain types of mediation, in setting work strategies, techniques and tactics within a mediation procedure. Without a coherent, coordinated training of specialists in organizing and promoting the mediation process, we cannot talk about the trust of public authorities or citizens in this form of alternative conflict resolution. [2]

In conclusion we recommend to public authorities to employ the use of specialized mediation as a method of extrajudicial conflict resolution in matters of the legality of administrative acts, of competences, of interests, of work, between public authorities and private persons, because of the duty of public authorities to cooperate with its subjects which is a particularity of the application of this ADR mechanism. Adjacent to this reform of the mediation procedure, we recommend applying at the level of the local public administration of community mediation in solving disputes related to social, economic and environmental subjects within certain key regions, through the creation of specialized Centers of Community Mediation. In addition, mediation should be promoted through the training of civil servants in administrative institutions, as this is part of the modern system of quality management of public services. All this will bolster the role of mediators, giving them a significant role in alternative dispute resolution in the administrative sector and in the preparation of future civil servants. Authority cooperation and quality control of public services are all key elements of increasing the efficiency and quality of services provided by public administrations and contributes to strengthening administrative capacity and supporting good governance.

REFERENCES

Recommendation No. 9 of 2001 on alternative ways of settling disputes between administrative authorities and private persons; Guidelines for improving the implementation of the Recommendations on Alternative Dispute Resolution Arrangements between Administrative Authorities and Private Persons.// CEPEJ normative acts (2007) 15(ro).

Law of the Republic of Moldova on Mediation No. 137 of 03/07/2015// Official Gazette of the Republic of Moldova No. 224-233 of 21/08/2015, art.8, 9, 25, 30.

Civil Procedure Code of the Republic of Moldova No. 225/2003// Official Gazette of the Republic of Moldova No. 130-134 of 21/06/2013, Chapter XIII 1, Judicial Mediation.

Law No. 158 of 04/07/2008 regarding the public position (function) and the status of civil servant// in the Official Gazette of the Republic of Moldova, No. 230-232 of 23/12/2008, art.14-25.

Centre for Effective Dispute Resolution:

http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/complaints_ro.htm

Statute of the European Ombudsman: <http://www.euro-ombudsman.eu.int/glance/ro/default.htm>

European Code of Conduct for Mediators:
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_ro.pdf

MIGRATIONS AND THE RIGHT TO EMPLOYMENT OF FOREIGNERS IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Anton Petričević

Assistant professor

Faculty of Law at University J.J. Strossmayer Osijek

Republic of Croatia

E-mail: apetrice@pravos.hr

Abstract

There are various reasons for the migration of the population in the world, from those of war and military, political and economic, then migrations driven by natural disasters, technological development and instabilities in the labor market. Labor migrations in the EU are mostly caused by the general dissatisfaction with situation in the labor market. The Republic of Croatia has increased the annual quota for the employment of foreign workers in 2018 to 22,000. Foreigners need to know the Croatian language at the level of basic communication and they easily get a job in the Republic of Croatia.

Freedom of movement of workers in the EU is regulated by the *acquis communautaire* and represents the legal source of primary law which regulates the access of the population to the EU labor market, which implies the provision of residence and employment of foreigners and their families, and equality of treatment towards nationals of another Member State as towards their own nationals (principle of non-discrimination).

It is thought that migrants pose a threat to workers of the countries they immigrate because the mobility within the EU has increased considerably in recent years.

Until now, the barriers have been mainly social, cultural and economic reasons, but as we move on, this becomes less and less a difficulty of labor force movement in the labor market.

A review on the employment of foreigners in Germany will be given, and the laws of the Republic of Croatia and Germany related to this issue will be considered.

The method of observation, comparative method and method of analysis and synthesis will be used in this paper.

Keywords: *migration, employment of foreigners, freedom of movement of workers, labor market, social security system*

1. Introduction

There are two concepts that we must explicitly state in order to understand the focus of this paper. The first term is migration of the population and the second term is the freedom of movement of workers in the labor market, especially in the Republic of Croatia after the Republic of Croatia joined the EU back in 2013.

Therefore, migration of the population (Latin: migratio: movement) represents any change in the place of residence of an individual or of larger and smaller groups of people. There are two basic types of migration:

- Emigration – movement of the population from existing place of residence
- Immigration – movement of the population to a new place of residence.

Other forms of migration include internal and external, final and temporary, voluntary and compulsory, economic and non-economic.

“Mass emigration that the EU member states suffered is the result of a long term policy that in one part has caused the situation that people are leaving, while on the other hand it reveals knowledge about the complexity of recognizing priorities, determining the way in which it is implemented and the fact that there isn’t enough integration of progressive forces, knowledge and ability to respond to the contemporary challenges of today.”

Freedom of movement of workers is one of the four economic freedoms acknowledged by the EU. Others are

- Freedom of movement of goods
- Freedom of movement of services
- Freedom of movement of capital

Freedom of movement of workers became one of the basic freedoms in the EU for all member states since Croatia’s entry into the membership. What exactly does it mean? It means that citizens of one Member State can work in another Member State under the laws of the host Member State.”However, these migrations include students and retired, third country workers, asylum seekers and refugees. “Freedom of movement of workers is one of the fundamental freedoms of the internal market related to a number of different issues, such as social security, recognition of qualifications, EU citizenship, visas and migration of workers in the context of an enlarged EU.”

Migrations of the population occurred throughout history. There were various reasons for this, such as

- natural (epidemics, catastrophes, weather disasters)
- social (wars, political instability, religious intolerance)
- economic (hunger, poverty, aspiration for better living conditions)

„The consequence of migration is primarily the change in the spatial distribution of population, that is, the accumulation of population in cities and industrial areas, while on the other side rural areas lose their population“

When we look at some of EU countries, we see migrations happening because of general dissatisfaction with the labor market situation, which means the lack of safe jobs, the inability to meet decent living conditions, the inability to feed a family, huge fiscal burden, the bureaucratic apparatus and insufficient and inadequate social security of the population.

Every migration leaves a deep mark in the life of a country, a nation, an economy. Mostly it is a trauma that brings a halt, lack of progress at least not for a while until migration is settled down. All potentials should be used for well-being as much as possible in these situations. But surely in the beginning migration brings both economically and socially negative phenomena that leave a deep mark on the life of the population in every aspect.

Migrations occurred throughout history, whether they were caused by economic or political factors (Habsburgs, Venetians, Ottomans from 15-18th century). Another significant emigration occurred in the 19th century and was conditioned by economic reasons (crisis in agriculture and shipbuilding). „The period of emigration from Croatia which lasted from 1945

till the 1960s and was marked by political and /or economic reasons. Mostly it was about permanent migration in which mainly optants participated (persons who when the sovereignty was changing over a particular territory choose the citizenship of a country that previously had power over the area) and politically motivated migrants. After the state canceled restrictions, a large number of labor migrants legally left Croatia back in the sixties and seventies. They were categorized in the official statistics as „temporary workers“ (Gastarbeiters), mostly grown-up men which were later joined by family members.

It is worth mentioning that most of the male workforce left their youth in other countries away from their families, which often led to family disintegration. Many returned to their homes exhausted, ill and weak and even though they left only as temporary workers, they had stayed abroad till retirement. Only 1/3 of the emigrants returned to their homes. There are many reasons why, from adaptation to a new life outside their homeland, family breakdown, accidents, death, etc.

A new age of emigration started after Croatia joined the EU. The population moves with a desire to return quickly, but history teaches us that it will not be so. „Croatia is „traditionally“ an emigrant country and is among those with the most unfavorable proportion of diaspora and resident population. While official Croatian statistics for period 2013-2016 show 102 000 emigrants, foreign sources say that the number of emigrants is considerably higher and reaches 230 000 Croats.“

“..... Migrations in general, and in particular labor migrations, have their various causes as well as important economic, social and demographic consequences. ”

“Today, more than 250 million people live outside their country of birth. Although the number of international migrants increased from 175 million in 2000 to more than 251 million in 2015, the share of migrants in the world’s population in the last fifteen years has been around three percent (in 2015 about 3.4% of the world population)”

“The share of EU nationals residing in another Member State ranges between two and three per cent of the EU population (eg 2.4% in 2008, 2.8% in 2012, 3.1% in 2013), while the share of third-country nationals in the EU is higher (about 4%). ”

2. Legal basis of the work of foreigners in the Republic of Croatia and Germany

This chapter will consider the legal basis of work of foreigners, freedom of movement of workers and employment in the Republic of Croatia. In considering actual developments based on the Foreigners Act (OG 130/11, 74/1369 / 17,46 / 18), a parallel review will be made on Germany as the country where workers from Croatia most frequently emigrate.

Special focus will be on labor market, freedom of movement of workers and the right to employment. The *acquis communautaire* is the basis for the functioning of the displaced population in terms of integration into the destination country and employment which is one of the basic conditions that must be met in order to survive and improve. Freedom of movement of workers encompasses access to the labor market that „regulates residence and employment of foreigners, rights of family members in relation to place of residence, and equality of treatment of citizens (the principle of non-discrimination) and related issues

One of the important issues regulated in the *acquis communautaire* is the issue of workers social security, which includes rights from pension insurance, child support etc.). The EURES-Electronic System facilitates various types of faster and more precise records and information on the labor market to make it easier for people to stay, work, use information about rights in the event of unemployment, social security, education of children etc. Mostly, the EU regulates

functioning through secondary sources of law. „These are the legal rules that are coming into force under the contract prescribed procedure and within the framework of the EU regulatory authority.“ In general, they are regulations, directives, recommendations and opinions.

"Most people want to fall under the term 'worker' in the sense of EU law, since this provides them with a wider range of rights than those derived from the status of Union citizen or job seeker. The fundamental provisions guaranteeing freedom of movement for workers within the EU are laid down in Art. 45 of the TFEU and do not apply to public authority affairs. The EU Court, emphasizing their importance, found that they have a direct effect, both vertical and horizontal. "

The Foreigners Act is in force in the Republic of Croatia as a regulation on entry, movement, stay and work of third country nationals and EEA nationals and members of their families as well as the conditions and rights of workers sent in the Republic of Croatia.

The Foreigners Act has transposed the following EU directives in the legal order of the Republic of Croatia:

-Directive 2008/115 / EC (on the return of third-country nationals with illicit residence)
Council Directive 2001/51 / EC (Supplement to the provisions of Article 26 of the Convention on the Application of the Schengen Agreement)

Council Directives 2002/90 / EC (on the definition of unauthorized entry, transit and residence)

Council Directive 2003/110 / EC (on aid with transit departure through the airspace)

- Council Directive 2001/40 / EC (on the mutual recognition of decisions on the expulsion of third-country nationals)

- Council Decision 2002/946 / PUP (on strengthening the criminal framework for unauthorized entry, transit and residence)

Council Decision 2004/191 / EC (agreement on financial imbalances around the application of Directive 2001/40 / EC

- Council Decision 2004/573 / EC (on the organization of joint flights for the deportation of third-country nationals for whom an order exists

- Directive 2004/38 / EC of the European Parliament and of the Council (on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of a Member State by amending Regulations No 1612/68 on the non-application of Directives 64/221 EC, 68 / EEC, 75/35 / EEC, 68/360 / EEC, 72/194 / EEC, 73/148 / EEC, 75/34 / EEC, EEC, 75/35 / EEC, 90/365 / EEC, 93/96 / EEC,

Council Directive 2009/50 / EEC (on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purpose of recruiting highly qualified workforce

-Directive 2009 / 52 / EC of the European Parliament and of the Council (on minimum standards for sanctions and measures against employers employing third-country nationals who are illegally resident

-Directive 96/71 / EC of the European Parliament and of the Council (on the deployment of workers in the framework of the provision of services

- Council Directive 2003/109 / EC (on the status of third-country nationals with a long-term resident status)

- Council Directive 2003/86 / EC (on the right to family reunification)

- Council Directive 2004/81 / EC (on the granting of residence permits to third-country nationals who are victims of trafficking or who are assisted to illegally immigrate and cooperate with the competent authorities)

- Council Resolution 97 / C 382/01 (on measures to be taken to counter marriages of convenience)
- Recommendation of the Council of 27 September 1996 (on the fight against illegal employment of third-country nationals)
- Council Directive 2004/83 / EC (on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or as persons who need international protection in other way or the content of the protection provided)
- 2011 / 51 / EC (on the amendment of Directive 2003/109 / EC and on the extension of application to users of international protection)
- Directive 2011/98 / EU of the European Parliament and of the Council (on a single procedure for processing applications for the issuance of a single residence and work permit of third-country nationals in the territory of a Member State and on a common set of rights for workers from third countries legally residing in a Member State)
- Directive 2014/36 / EU of the European Parliament and of the Council (on conditions for entry and residence of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers)
- Directive 2014/66 / EU of the European Parliament and of the Council (on conditions for entry and residence of third-country nationals in the framework of intra-Community transfers)
- Directive 2014 /67 EU of the European Parliament and of the Council on the implementation of Directive 96/71 / EC (on the recruitment of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the internal market information system)
- Directive EU 2016/801 of the European Parliament and of the Council (on the conditions of entry and residence of third-country nationals for research, study, training, volunteering, student exchange or educational projects and performing au pair work)

An immigrant worker in the context of the right to work in the country of destination must be treated in accordance with the principle of non-discrimination. „The freedom of movement of workers is ensured within the Union. This freedom of movement implies the abolition of any discrimination based on nationality among workers from member states in relation to employment, wages and other conditions of work and employment“.

Other significant rights of foreign workers in the EU are the right of free movement of workers within a Member State for the purpose of employment, the right to stay in a Member State for the purpose of employment, etc.

Germany as the country in which Croatian citizens mostly emigrate accepted the changes of the migration law. Under this Act, which relates in part to the applicant's right of asylum as well as the rules for the expulsion of persons who do not have the right to reside in their territory, the second part of the Act refers to the right based on which they are willing to accept competent workforce, as well as all people who find a job that suits their education, expertise and skills. So far, only the foreigners with occupations marked as deficient by the German Employment Agency have been employed.

Great convenience and novelty is that Germany even before the employment widely opens doors to foreigners who have certain work competencies, so they can look for work in their territory.

Earlier a German employer who wanted to hire a worker who is not coming from EU countries had to prove that he/she has not been able to find workers in the EU labor market

that meet his/her needs, and now under the new Immigration and Labor Act in Germany he/she no longer has to do so. This is a significant novelty for German employers. The following convenience for foreign nationals is that a much easier procedure for recognizing the equivalence of certificates and diplomas is regulated that is conducted together with the issuance of visas.

3. Migration of population to and from the Republic of Croatia

Republic of Croatia is faced with mass emigration of the population since joining the EU back in 2013. This has negative conotation on Croatian labor market.

TABLE 1.
International migration
International migration of population of Republic of Croatia

	<i>Immigrants</i>	<i>Emigrants</i>	<i>Net migration</i>
2008.	14 541	7 488	7 053
2009.	8 468	9 940	-1 472
2010.	4 985	9 860	-4 875
2011. ¹⁾	8 534	12 699	-4 165
2012. ¹⁾	8 959	12 877	-3 918
2013. ¹⁾	10 378	15 262	-4 884
2014. ¹⁾	10 638	20 858	-10 220
2015. ¹⁾	11 706	29 651	-17 945
2016. ¹⁾	13 985	36 436	-22 451
2017. ¹⁾	15 553	47 352	-31 799

1) In order to harmonise the international migration statistics with international standards and the *acquis communautaire*, since 2011 data have been processed according to a new methodology.

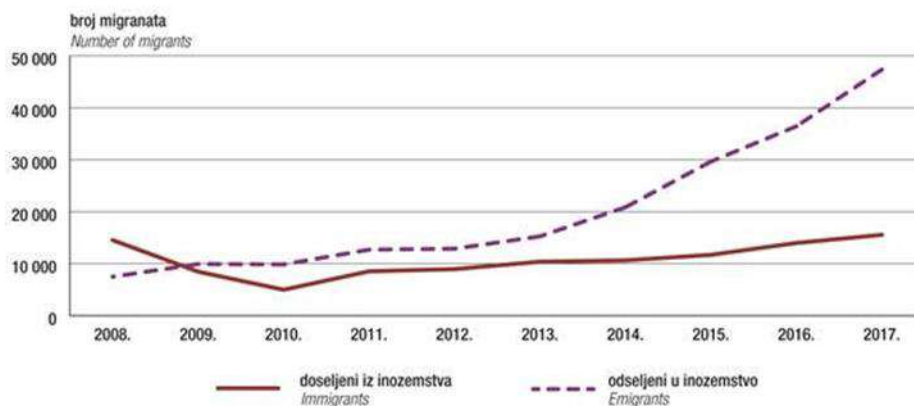
Source: State Bureau of Statistics-First release, Zagreb, July 20 2018. Accessed 15.02.2019.

„From table no. 1 it is evident that 2008 was the last year in which we had a positive migration balance when it comes to external migration. After that, we have a negative migration balance with the tendency of further growth.

In 2014, given the situation in the country related to the difficulty of meeting the minimum living conditions and basic needs of the population, there was a sudden increase in emigration, which has been increasing every year, and almost nothing has been done so far to stop this wave. The question is who has the interests and benefits from mass emigration of the contingent of a working and educated population? Aren't four years of mass emigration of entire families enough to realize that this is a social and national disaster of the Croatian people. One question remains. Till when can this continue? What is more important than to realize that this is very important, and at the same time a very dangerous wave that has affected the country?“

Chart 1

G-1. SALDO MIGRACIJE STANOVNIŠTVA REPUBLIKE HRVATSKE S INOZEMSTVOM OD 2008. DO 2017.
NET MIGRATION OF POPULATION OF REPUBLIC OF CROATIA WITH FOREIGN COUNTRIES, 2008 – 2017



Source: State Bureau of Statistics-First release, Zagreb, July 20th 2018. accessed 15.02.2019

TABLE 2.

International migration of population, by country of citizenship

2013.		2014.		2015.		2016.		2017.		Country of citizenship
Immigrants	Emigrants	Immigrants	Emigrants	Immigrants	Emigrants	Immigrants	Emigrants	Immigrants	Emigrants	
10 378	15 262	10 638	20 858	11 706	29 651	13 985	36 436	15 553	47 352	Total
5 085	13 394	4 824	19 555	6 483	28 268	7 733	34 815	7 911	45 367	Croatia
4 703	1 586	5 116	1 070	4 512	1 055	5 570	1 303	6 891	1 661	Europe
1 843	708	2 334	494	2 192	415	2 212	593	2 187	675	European Union
105	57	134	36	134	23	134	27	116	20	Austria
31	7	23	3	21	2	36	4	22	6	Belgium
57	29	65	16	50	18	39	20	52	12	Czech Republic
59	46	122	37	69	32	97	25	85	51	France
244	103	305	76	356	70	300	133	304	134	Italy
81	44	130	38	90	22	113	51	99	51	Hungary
56	14	42	16	48	8	65	8	55	8	Netherlands
416	122	474	85	437	62	462	87	462	94	Germany
56	14	66	18	83	22	62	26	57	18	Poland
60	34	51	12	36	16	67	26	47	36	Romania
41	26	72	18	43	18	51	19	55	20	Slovakia
385	90	504	73	510	61	467	78	513	105	Slovenia
53	18	63	6	67	8	47	20	63	18	Sweden
79	50	122	28	88	19	105	14	100	28	United Kingdom
2 860	878	2 782	576	2 320	640	3 358	710	4 704	986	Other European countries
1 602	545	1 395	271	1 032	272	1 921	271	2 946	482	Bosnia and Herzegovina

Faculty of Law, Goce Delcev University, Shtip,
Republic of N. Macedonia

37	10	33	13	44	14	47	23	48	20	Montenegro
241	53	270	50	240	59	173	76	205	71	Macedonia, FYR
154	42	142	59	151	62	139	49	132	51	Russian Federation
407	138	456	102	404	127	557	135	553	185	Serbia
34	5	41	5	39	13	17	14	44	16	Switzerland
65	26	91	24	104	21	206	40	223	76	Ukraine
274	107	334	141	404	186	339	192	401	192	Asia
97	68	105	67	123	104	82	104	72	93	China
74	20	86	16	89	21	58	16	70	28	Africa
146	59	180	53	142	75	197	75	165	75	North and Central America
25	3	45	7	23	8	32	11	32	19	Canada
102	52	115	40	103	64	150	56	115	49	USA
63	9	51	12	46	11	56	10	75	16	South America
23	5	37	9	23	11	27	13	34	5	Oceania
19	4	34	8	16	10	22	11	29	4	Australia
10	82	10	2	7	24	5	12	6	8	Unknown

Source: State Bureau of Statistics-First release, Zagreb, July 20th 2018. accessed 15.02.2019.

TABLE 3.

According to the available data from the Croatian State Bureau of Statistics for 2017, more working capable men than women left Croatia. The following table shows that mostly working capable men aged 20-44 are leaving

International migration of population, by age and sex, 2017

Age	Immigrants			Emigrants		
	Total	Men	Women	Total	Men	Women
Total	15 553	9 819	5 734	47 352	26 214	21 138
0 – 4	363	187	176	1 867	927	940
5 – 9	335	158	177	2 777	1 449	1 328
10 – 14	273	153	120	2 183	1 113	1 070
15 – 19	665	412	253	2 001	1 072	929
20 – 24	1 799	1 156	643	4 450	2 393	2 057
25 – 29	2 000	1 213	787	6 667	3 565	3 102
30 – 34	1 841	1 228	613	6 286	3 642	2 644
35 – 39	1 536	1 063	473	5 333	3 203	2 130
40 – 44	1 294	899	395	4 144	2 415	1 729
45 – 49	1 140	792	348	3 601	2 080	1 521
50 – 54	1 079	748	331	2 794	1 599	1 195
55 – 59	846	516	330	1 719	996	723
60 – 64	807	419	388	1 221	611	610
65 – 69	737	441	296	1 023	518	505
70 – 74	358	216	142	655	342	313
75 and over	480	218	262	631	289	342

Source: State Bureau of Statistics-First release, Zagreb, July 20th 2018. accessed 15.02.2019.

TABLE 4.
International migration, by country of origin/destination and citizenship, 2017

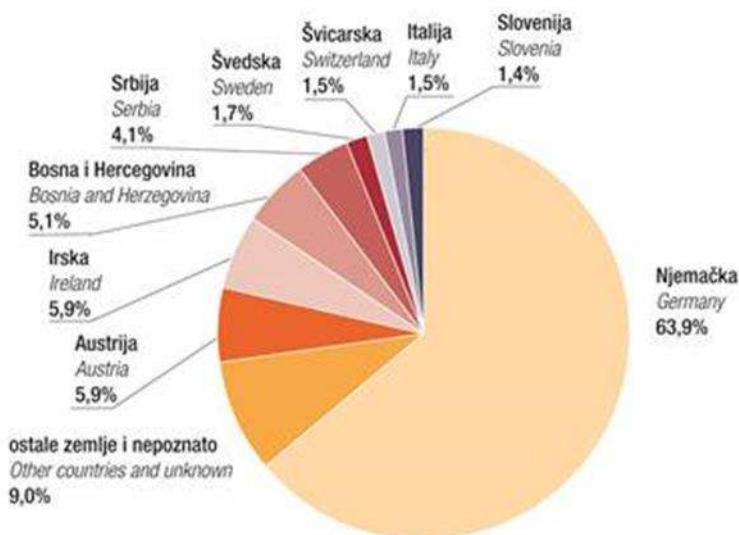
Immigrants				Emigrants				Country of origin/destination
Total	Croatian citizens	Foreigners	Unknown	Total	Croatian citizens	Foreigners	Unknown	
15 553	7 911	7 636	6	47 352	45 367	1 977	8	Total
13 599	7 329	6 268	2	45 432	43 878	1 551	3	Europe
5 860	3 825	2 033	2	39 071	38 432	638	1	European Union
545	426	117	2	2 706	2 684	22	-	Austria
55	34	21	-	215	209	6	-	Belgium
75	22	53	-	137	124	13	-	Czech Republic
56	36	20	-	152	146	6	-	Denmark
105	45	60	-	245	194	51	-	France
124	109	15	-	2 676	2 675	1	-	Ireland
534	256	278	-	794	662	132	-	Italy
19	18	1	-	96	96	-	-	Luxembourg
94	14	80	-	157	114	43	-	Hungary
82	42	40	-	231	223	7	1	Netherlands
2 973	2 517	456	-	29 053	28 972	81	-	Germany
66	9	57	-	61	44	17	-	Poland
46	5	41	-	38	5	33	-	Romania
56	8	48	-	106	86	20	-	Slovakia
622	118	504	-	717	618	99	-	Slovenia
39	14	25	-	114	99	15	-	Spain
120	69	51	-	802	786	16	-	Sweden
159	71	88	-	639	614	25	-	United Kingdom
7 739	3 504	4 235	-	6 361	5 446	913	2	Other European countries
4 949	2 225	2 724	-	2 758	2 328	430	-	Bosnia and Herzegovina
68	24	44	-	68	47	21	-	Montenegro
248	41	207	-	85	23	62	-	Kosovo
238	47	191	-	115	55	60	-	Macedonia, FYR
53	22	31	-	347	344	3	-	Norway
144	20	124	-	78	25	53	-	Russian Federation
1 272	736	536	-	2 049	1 868	179	2	Serbia
423	372	51	-	702	687	15	-	Switzerland
168	-	168	-	76	3	73	-	Ukraine
419	115	304	-	505	350	155	-	Asia
87	25	62	-	71	44	27	-	Africa
424	281	143	-	757	683	74	-	North and Central America
132	104	28	-	373	354	19	-	Canada
273	172	101	-	357	310	47	-	USA
109	44	65	-	29	15	14	-	South America

150	115	35	-	260	255	5	-	Oceania
135	104	31	-	226	222	4	-	Australia
765	2	759	4	298	142	15	5	Unknown

Source: State Bureau of Statistics-First release, Zagreb, July 20th 2018. accessed 15.02.2019. It is clear from the table that Germany is the most interesting as a country of immigration for Croatian citizens with 28.972 Croatian citizens who emigrated there in 2017. The following countries are behind Germany: Austria with 2706 emigrated Croatian citizens and Ireland with 2676 Croatian citizens. Majority of the immigration to the Republic of Croatia is from non-EU countries (from Bosnia and Herzegovina and Serbia) and from EU countries that is Germany there are 2973 people who immigrated to Croatia.

CHART 2.

G-2. HRVATSKI DRŽAVLJANI OSELJENI U INOZEMSTVO U 2017. PREMA ZEMLJI OSELJENJA
CROATIAN CITIZENS EMIGRATED ABROAD, BY COUNTRY OF NEXT RESIDENCE, 2017



Source: State Bureau of Statistics-First release, Zagreb, July 20th 2018. accessed 15.02.2019.

By analysing table 4 and chart 2 we see where Croatian citizens migrate: 63,9% of Croatian citizens migrated to Germany, 5,9% to Austria, 5,9% to Ireland, 5,1% to Bosnia and Herzegovina, 4,1% to Serbia, 1,7% to Sweden, 1,5% to Switzerland, 1,5% to Italy and 1,4% to Slovenia, while 9% of the population moved to other countries (unknown).

At the same time, there is a population migrating to Croatia from other countries in which they were unable to find a job. Most foreigners come from Bosnia and Herzegovina due to their perception that the Republic of Croatia is a well regulated state. While Croatian workers are leaving, there are enough vacant positions which will be filled with foreign workforce. Foreigners can work in Croatia on the basis of a work permit and residence permit, and on the basis of an employment application certificate. Foreigners in Croatia can't start their employment before obtaining a temporary stay. It can be achieved if they have a work permit

or a business licence or if they volunteer in a non-profit organization. A work permit is issued for one year. If a foreigner works on seasonal jobs he/she can stay in the Republic of Croatia for six months and has no right to extend the work permit.

“For many years, Germany has been a major immigration destination, followed by the UK, Spain, France and Italy, as well as Switzerland, taking into account data for the entire European Economic Area (EEA). Most emigrants in the EU come from Romania, Poland, Germany, Italy and France.” ”

“Migrations can have both positive and negative effects on both the receiving country and the country of origin. Among the positive effects, the most commonly mentioned are the filling of seasonal jobs and scarce occupations, the increase in fiscal revenues (especially in the form of payment of labor immigrant taxes) and the inflow of the younger population, which helps the demographic recovery of aging societies. For countries of origin, the positive effect on reducing unemployment is generally highlighted. Furthermore, in the cases of repatriation (so-called circular migrations), there are also so-called positive feedback effects in the form of for example remittances to family members or savings, return after acquiring new knowledge and skills, the possibility of creating business and commercial networks. In the case of migrations from the countries rich in capital to poorer countries (in the form of investments and business start-ups) migration of so-called key staff, knowledge transfer and technology transfer, creation of new cooperation networks as well as stimulation of economic development occurs ”

The licence to foreigners is issued by the Office of Internal affairs and the licence is based on an annual quota being brought by the Croatian government and then published in official Gazette (Narodne Novine).

Foreigners residing in the Republic of Croatia may have permanent residence, temporary residence, asylum, residence for regular education or study, temporary residence for the purpose of reuniting separated families.

4. The right to work of foreigners in the Republic of Croatia and comparison to Germany

Who are the foreigners? These are in fact non-Croatian nationals (nationals of another EU member state or an EEA area, nationals of the Swiss Confederation, third country nationals or stateless persons.

Each member state has special conditions for hiring foreign workers (referring to the quota system, work permit, residence permit etc.)

Work of foreigners, the conditions of their work in the Republic of Croatia, are determined in accordance with the provisions of the Foreigners Act, the Occupational Safety Act and the regulations issued on the basis of them.

Foreigners in Croatia need a work permit or a business permit. „However, there are certain groups of foreign workers who don't need any special approval of public authorities for work“.

When Croatia joined the EU a position was taken that work permits aren't needed for workers from other Member states during a transitional period which means that a foreign worker can work in Croatia on the basis of a residence permit or a work registration certificate. It is important to differentiate the residence and work permit from the work registration certificate, because the residence and work permit covers the rights that the foreigners have

used up to now on the basis of a work and business permit, and can work annually up to 30, 60 or 90 days in seasonal jobs based solely on a work registration certificate for seasonal workers.

The question arises whether foreigners are the persons coming from other EU member states. Croatia categorises them as foreigners to protect its public interests. Austria kept its restrictions towards hiring immigrants from Croatia and if there is no new enlargement of the EU, this country should give up these restrictions by July 1st 2020.

As it was said earlier with the new Immigration and Labor Act Germany opens the door to foreign nationals with professional qualifications, but also to all those who find employment corresponding to their qualifications. Immigrants older than 45 years will receive work permits only if their gross income exceeds EUR 3700. The reason is fear that, in the event of retirement, these immigrants would fall under the burden of the state due to small pensions.

The question arises what about the countries of the Western Balkans? Since the new Immigration and Labor Act in Germany should come into force by the end of 2020 and it respects qualified vocational training which was not conditioned by the Western Balkans rule when it comes to visa issuance, this issue will need to be resolved and details will have to be agreed in time.

5. Freedom of movement of workers and categories of foreigners stay in Croatia

Foreigners can stay in Croatia up to 90 days (short stay), a year (temporary stay), and unlimited (permanent stay). A foreigner must fill-out a form for a short term stay (so called tourist stay).

Highly qualified third country nationals should have a residence permit and a work permit. Third category are the nationals of EEA or Swiss Confederation and their family members. Finally there are third-country nationals. It's important for them whether they have a permanent residence permit in the territory of an EEA member state.

Everyone in Croatia according to the Constitution „has rights and freedom of work regardless of race, skin color, gender, language, religion, political beliefs, national or social background. Everyone freely chooses call and employment and everyone is entitled to equal access to every workplace and duty.“

"In addition to educational level, the presence of immigrants in certain economic sectors is closely linked to their origin and gender, so it is possible to identify ethnic and gender segmentation processes in the labor markets (eg immigrants from Eastern Europe are mostly working in construction; Chinese, Indians and Pakistanis in ethnic enclaves, especially in the hospitality and trade sectors; women in the service and household sectors). "

When a citizen of an EU Member state or the EEA is self-employed in his/her own company or is a craftsman who provides services or is sent by his/her employer to Croatia to perform a certain job for him/her, then he/she doesn't need to have a residence and work permit or job registration certificate. Further on the principle of reciprocity, nationals of EU member states (except Austria) shouldn't have work permits

"The EU policy in the area of freedom of movement of workers applies to persons in a working relationship (ie persons engaged in so-called dependent work), job seekers and members of their families. It focuses on the one hand on the removal of obstacles (Articles 45-48 TFEU) and on the other hand on facilitating migration flows between Member States through instruments of unification (regulations) and harmonization (directives).

„Without residence and work permits or certificates of employment, foreigners who have been granted permanent residence in the Republic of Croatia, asylum, subsidiary or temporary protection, temporary stay for the purpose of joining a family with a Croatian citizen, a foreigner in a permanent residence, an asylum seeker and a foreigner who has been granted subsidiary or temporary protection, temporary stay for humanitarian reasons, autonomous stay, regular student status or student when performing jobs through authorized mediators without the establishment of a work relationship, temporary stay for scientific research.“
Foreigners act does not apply on the members of diplomatic missions, consular offices, members of international organizations based in the EU, mission members of UN organisations and their families nor on foreigners that are active in economy, sports, entertainment, or religious service.

6. How to obtain a valid work permit?

Work permit is issued by the Office of Internal affairs .When a foreigner receives a work permit, this means that he/she has a residence permit and a work permit as well. Work permit stops being valid according to law if a foreigner doesn't start working within four months after the date of issuance. If he/she works and doesn't have a business permit, if he/she violates regulations on the basis of which he/she performs the activity for which a work permit has been issued to him/her, if the company he/she works for ceases to work and exist.

6.1. Annual quota for residence and work permits and business permits

The number of foreign workers required determines quotas. The annual quota is issued by the Croatian government because of the proposal from the Ministry of Labor and Pension System and based on the opinion of the Croatian Bureau of Employment and the Croatian Chamber of Economy.

After the departure of the labor-capable workforce and the brain-drain, Croatia found itself in a difficult situation, so it was a logical solution to overcome the difficulties with foreign workers. In order to get a job in Croatia, a foreigner must be familiar with the Croatian language at the level of basic communication. Foreigners are also willing to work hard for the offered wage.

In 2018, the Republic of Croatia increased the quota for the employment of foreign workers to 22000. The hardest situation is in construction, shipbuilding, tourism, culture, forestry and agriculture, metalurgy. Up until now, obstacles for employing foreign workers were social, cultural and economic reasons.

Conclusion

Since joining the EU back in 2013 and by the end of 2017, 47 352 inhabitants emigrated from Croatia. This was both an economic and demographic shock for our country. Croatians moved to promised countries, mostly Germany, Austria, Italy and Ireland. Croatian labor market has the need for new workers and due to the fact that there aren't enough Croatian skilled workers we decided to hire foreign nationals in vacant positions. The Government increased quotas for employing foreign nationals. When domestic workers emigrated, a damage was made because skilled and highly educated domestic workforce whose education costed a lot of money left the country while a lot of money needs to be invested into adjustment and prequalifications of foreign workers.

Still, it is realized that the situation we have after the immigration of foreigners should be used in a positive direction. Mainly young working age people who want to work have moved into the country. So, with the necessary legal procedure, foreigners need to be integrated into the work process to the satisfaction of both, them and the Republic of Croatia. In the labor market of the Republic of Croatia there are also highly educated people who also put their knowledge and skills on disposal. In that way, we got a double benefit, we have hired foreigners and gave them salary and released the state from social benefits to unemployed foreigners while at the same time using their competences for the general welfare of the Republic of Croatia.

LITERATURE

BOOKS

1. Čapeta, T.; Rodin, S., Osnove prava Europske unije 3rd Changed and amended edition, Legal Library: European Law, Zagreb, 2018.
2. World Bank, Migration and Remittances Factbook, 3rd . edition, The World Bank,
3. Canetta, E.; Fries-Tersch, E.; Mabilia, V., 2014 Annual report on statistics on intra-EU movers, European Commission, 2014.
4. (Čavrak, V., Utjecaj migracija visokoobrazovanih stručnjaka na razvoj Hrvatske, in: Puljiz, V. et al. (ed.), Migracije i razvoj Hrvatske: podloga za hrvatsku migracijsku strategiju, Croatian Chamber of Economy, Zagreb, 2014., p. 121)
5. Gregurović, S., Utjecaj eurointegracijskih procesa na migracije – lekcije za Hrvatsku, in:
6. Migracije i razvoj Hrvatske: podloga za hrvatsku migracijsku strategiju, Croatian Chamber of Economy, Zagreb, 2014., p. 232
7. Sloboda kretanja radnika u Europskoj uniji , Yearbook of the 165th scientific meeting of the Zagreb Faculty of Law and Zagreb Lawyer Club, -February 14th 2012, Zagreb, 2012.
8. Puljiz, V. et al. (ed.), Migracije i razvoj Hrvatske: podloga za hrvatsku migracijsku strategiju, Croatian Chamber of Economy, Zagreb, 2014., p. 274
Washington, 2016.

ARTICLES

1. Crnjac Pauković, V., Mogućnost rada u zemljama EU-izasljanje i sloboda kretanja radnika, Radno pravo, Professional Journal No. 07-08 / 13, July 2013.
2. Čeh Časni, N., Analiza slobode kretanja radnika na području proširene EU uporabom odabranih statističkih metoda , Proceedings of the Faculty of Economics in Zagreb, Zagreb, 1st December, 2017.
3. Mikac, R.; Dragović, F., Masovne migracije: izazovi, posljedica i put naprijed, Forum for Security Studies, 1 (2017).
4. Petričević, A., An impact of emigration and negative demographic trends on the Croatian labor market, MIC VIS, Vis 2018.
5. Potočnjak, Ž. (ed.) et al., Radni odnosi u Republici Hrvatskoj, Faculty of Law Zagreb and Organizer Zagreb, 2007.
6. Puljiz, V. et al. (ed.), Migracije i razvoj Hrvatske: podloga za hrvatsku migracijsku strategiju, Croatian Chamber of Economy, Zagreb, 2014., p. 121
7. Vukorepa, I., Migracije i pravo na rad u Europskoj uniji , Proceedings of the Faculty of Law, University of Zagreb, no 68 (1) 85-120, Zagreb, 2018

8. Župarić-Iljić, D., *Iseljavanje iz Republike Hrvatske nakon ulaska u Europsku uniju*, Friedrich Ebert Stiftung - Zagreb, 2016.

REGULATIONS

1. Art. 14 Of the Constitution of the Republic of Croatia, Official Gazette No. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14
2. Directive 2014/50 / EU on minimum requirements for improving the mobility of workers between Member States
4. Purified versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, 2010 / C 83/01
3. Foreigners act, Official Gazette No. 130/11, 74/13, 69/17, 46/18.

WEBSITE REFERENCES

Jutarnji list, www.seebiz.eu/broj-iseljenih-dvostruko-veci-nego-sto-pokazuje-sluzbena-statistika/ar-186546/ accessed 02.01.2019.
<https://bs.wikipedia.org/wiki/Migracij> accessed 15.3.2018.

INLAND WATERWAYS TRANSPORT IN THE EUROPEAN UNION - FLOWING OR STILL STANDING?

Biljana Činčurak Erceg

Assistant Professor

J. J. Strossmayer University of Osijek, Faculty of Law Osijek

E-mail: biljana.cincurak@pravos.hr

Abstract

Although the inland waterways transport (transport/navigation on rivers, lakes and canals) is, by its characteristics, an acceptable mode of transport, in some EU member states it is still unfortunately underestimated and insufficiently exploited. Cost-effectiveness, safety and eco-friendliness are the main characteristics of the inland waterway transport. The European Union emphasizes the reduction of traffic congestion, increased traffic safety, the use of environmentally friendly modes of transport and the use of alternative fuels as the goals of its transport policy. Developed inland waterway transport is therefore one of the possible solutions for the achievement of these goals. European Union has some 40,000 km of navigable waterways and 13 Member States have an interconnected waterway network, which is a great potential for the development of this mode of transport.

Although the European Union has provided a number of programmes and actions for inland waterway transport to encourage it and to increase the share of goods and passengers transported by inland waterways, the major results appear to be absent. The paper presents the significance and potential of EU inland waterway transport, relevant sources of law and their implementation, as well as activities and results of work in the field of inland waterway transport.

***Keywords:** Inland waterways transport (navigation), European Union, Transport policy, Advantages and disadvantages of inland waterway transport, Legal regulation*

1. Introduction

A large number of rivers has intersected the European continent. All of them have a long and turbulent history, but differ in their legal regulation (especially in matters of navigation), the political situation and relations between riparian states, the way they are exploited, problems and ultimately actions and programs implemented for them.

“Inland waterways include rivers, lakes and canals, and inland waterway navigation (inland waterway transport) includes navigation on rivers, lakes and canals of a certain depth and width that are settled, marked and open for transport. Inland waterways may be entirely within the territory of one state or can be spread on the territory of two or more states which

will result in a more complex regulation of their use.” It should be noted that inland waterways need to be distinguished from international rivers, inland waterways of international importance, transboundary watercourses, etc.

In the European Union, 21 out of 28 Member States have inland waterways, 13 of which have an interconnected waterway networks. Europe’s waterway network consists of more than 40,000 kilometres of waterways. “The core network with rivers and canals of international importance (Class IV and higher) is formed by more than 12,000 kilometres of interconnected waterways, 444 locks and several hundreds of inland ports and transshipment sites. The remaining network is made up by smaller waterways.” Thus, the EU Member States have a great potential for the development of this mode of transport. The core network links the Netherlands, Belgium, Luxembourg, France, Germany and Austria. The main waterways consist of large rivers such as the Rhine and Danube that connect big cities, but many smaller towns and industrial areas are also easily accessible by numerous tributaries and canals. However, it should be recalled that the mentioned waterways do not flow only through Member States.

Different freights are transported on these rivers: bulk industrial goods, building materials, heavy materials, containers, oversized loads, chemicals, agricultural products, etc. Passenger transport should not be excluded. Large number of ports and landing places offer intermodal connections with road, rail, sea and air transport.

Inland waterway navigation due to its advantaged (which will be further discussed below) is an acceptable mode of transport. It is not surprising therefore that the EU has recognized the importance of this mode of transport. The European Commission encourages the use of inland waterways, and the importance of inland navigation is emphasized in White Paper: ‘European transport policy for 2010: time to decide’, that was published in 2001. In this White Paper, the Commission pro-posed shifting of transport, as much as possible, to inland waterways. These goals were confirmed in the White Paper: ‘Roadmap to a single European transport area – Towards a competitive and resource efficient transport system’ of 2011. Both White Papers emphasized the need to eliminate bottlenecks in order to improve navigability conditions on rivers and thus to eliminate the main infrastructure obstacles to the devel-opment of inland navigation in Europe.

However, looking at rivers in terms of transport, the amount of freight and the number of transported passengers, there are significant differences between Member States. By studying statistical data, it appears that the share of transported goods is not increased even though programs and projects for reviving this mode of transport have been implemented. Many criticisms goes to the inadequate legal regulation and non-harmonized rules. Whether there is a move or not question is what we will try to answer.

In this paper, we will look at the advantages and disadvantages of inland waterway transport. The paper presents the significance and potential of EU inland waterway transport, important statistical data, relevant sources of law and their implementation, as well as activities and results of work in the field of inland waterway transport.

2. Advantages and disadvantages of inland waterway transport

The most important advantages of inland waterway transport are: economy, efficiency, reliability, safety and environmental friendliness. From the other side, disadvantages of this

mode of transport are often referred to geographical limitations, inadequate infrastructure, relatively slow speed, inadequacy of the modern 'door-to-door' transportation conditions, less flexibility in comparison to road, rail and maritime transport and inadequate legal regulation.

Inland waterway transport is regular, reliable and accurate because usually there are no problems with congestion (which occurs in road and rail transport), and the weather conditions do not usually have too much influence on its running.

The number of accidents in inland waterway transport is low. This characteristic is particularly emphasized when carrying dangerous cargo. Although the accident rates vary from one river to another (the Danube has the higher accident rate than the Rhine), the number of accidents on inland waterways has decreased considerably over the past 20 years.

Inland waterway freight transport provides its customers with a very good value due to their low cost and efficient operations. A vessel with carrying capacity of 4000 tonnes corresponds to the capacity of 200 trucks of 20 tonnes or 100 railway wagons. Most of the vessels can transport 127 tons of cargo per litre of fuel, while in comparison with railway and road transport this amount is 97 tons in railways and 50 tons of cargo in road transport per litre of fuel.

"Differences in transportation costs between modes are to a certain extent determined by differences in the price of fuel and taxes, and the energy efficiency of the vehicles used. An important recent change in the attitude of policy makers is the idea that transportation costs should reflect true costs to environment and society. ...Environmental effects of transportation fundamentally relate to the consumption of energy and the emission of several pollutants" i. e. sulphur dioxide (SO₂), nitrogen oxides (NO_x), carbon dioxide (CO₂). The effects differs substantially between modes. "Compared to rail and inland waterways, road transportation produces about four times more nitrogen oxides, sulphur, and carbon dioxide per ton-mile. Transportation's true costs to society also include the effects of noise and light pollution, as well as accidents."

As was correctly stated in the former European Conference of Ministers of Transport - Council of Ministers report, Inland waterway navigation "can contribute to making transport more sustainable, particularly where it substitutes for road transport, but inland shipping and especially the development of waterways for navigation can have considerable environmental impacts." However, waterway development works can have major impacts on the ecological value, water quality, biodiversity. In some cases, impacts may be insignificant but often major ecological damage can result. Therefore both strategies and policies – transport and environmental, must be jointly made and harmonised.

According to NAIADES II Communication, inland navigation stands to lose its comparative environmental advantage if no action is taken to further reduce air pollutant emissions. The most representative vessel types in terms of their share of transport performance (large Rhine vessel and Rhine-Herne canal vessel) have lower CO₂ emissions than trucks, and about the same level of pollutant emissions. Although vessels emit relatively few greenhouse gases, they have rather high values for pollutant emissions, when compared to railways and trucks.

Emission reduction measures for inland waterways transport exist, "but their application is often very costly, and therefore difficult to implement in a market structure with a high share of family businesses."

New inland navigation vessels will certainly contribute to the reduction of adverse impacts on the environment. Therefore we quote that the share of new vessels "that were

equipped with at least one greening measure (either concerning exhaust gas after treatment, hull form optimisation or propulsions systems optimization) increased between 2014 and 2016 from 54% to 61%. ...However, the number of new vessels (31 in 2016) remains limited compared to the overall inland navigation fleet in Europe which is approximately 13,500 vessels.” Nevertheless, one should bear in mind that innovation contributing to environment does not make an excessive burden for shipping companies.

In this place we mention that according to Art. 15(3), point b, of the TEN-T guidelines prescribes that rivers, canals and lakes are maintained so as to preserve good navigation status, while respecting the applicable environmental law.

From the above, we can conclude that the issue of environmental protection in the context of inland waterway transport is complex. Although there is an environmentally friendly mode of transport, there is still space for improvement.

Inland waterway transport has a limited network of waterways compared to railways and roads. Besides, the formation of large networks is long-lasting and impossible without significant investments. The use of inland waterway transport is also related to nautical restrictions: depths of the fairway and draught of the vessels. The water depths available in the fairway determine how many tonnes of goods may be carried on an inland vessel. The larger the draught, it will be possible to transport more cargo and thus reduce the unit price per tonne of cargo. The technical limitations apply to fairways (their width and shape), locks, bridges and missing links that slow down or interrupt transport.

With speeds up to 12 km/h inland waterway transport is the slowest motorized mode of transport. However, a mass of freight which does not require high-speed transport can be transported on inland waterways.

Inland waterways navigation depends on water levels. Fairways may be temporarily closed due to high or low water levels. “Having a direct influence on the maximum loading degree of vessels, river water levels have an impact both on the volume transported and on the freight rate.” Icing in the winter season can also lead to the temporary closing of waterways. For example, “shipping on the Danube was interrupted for several days during the winters of 2005 and 2006 due to ice formation“ A possible reaction of the market to disrupted navigation services might be shifting to more environmentally harmful modes of transport.

In our opinion, the mentioned disadvantages can be an obstacle to the development of inland waterway transport, but they should certainly be reduced.

3. Inland waterway transport and the inland navigation market in the European Union

In this chapter of the paper, we will briefly look at the state of the market of inland waterway navigation in the EU (length of waterways, amount of transported freight, number of passengers, etc.).

According to Statistical Pocketbook 2018, length of navigable canals, rivers and lakes regularly used for transport in EU 28 was 41 895 km in year 2016 (38611 km in year 1995). As was already stated, despite the availability of inland waterway network in the EU and obvious advantages of the inland waterways transport, there is still a massive amount of capacity on the waterways that is not being exploited.

According to Eurostat inland waterway transport progressed by only 17% in nearly three decades. “Looking at a longer period evolving over 20 years, the European Union inland

navigation transport performance has increased at an average annual rate of 1% with a modal share remaining at around 6%. The inland navigation transport performance evolution is characterised by a small long-term increase, influenced by two main external factors: the economic situation affecting transport demand and the environmental conditions affecting available transport capacity.” According to the Mid-term progress report on the implementation of the NAIADES II action programme for the promotion of inland waterway transport (covering the period 2014-2017) overall in Europe, the performance of inland navigation transport oscillated between 145 and 152 billion tkm over the last 5 years.

As we mentioned, there is a big difference between Member States in the amount of transported goods and passengers. Netherlands and Germany represent 71% of total European goods transport performance on European inland waterways. “More generally, the European Union Rhine countries (Belgium, Netherlands, France and Germany) represent about 85% of total inland navigation goods transport performance while the European Union Danube countries (Bulgaria, Croatia, Hungary, Austria, Romania and Slovakia) account for 15% of goods transport performance on European inland waterways. Other countries account for almost today less than 0.5% of European goods transport by inland navigation.”

The European Court of Auditors prepared a Special report ‘Inland Waterway Transport in Europe: No significant improvements in modal share and navigability conditions since 2001’, in 2015 with its views and recommendations for inland waterway transport. The European Court of Auditors found that the policy objective of shifting traffic from roads to inland waterway transport and of improving navigability had not been achieved. Namely, the modal share of inland waterway transport did not increase significantly. Thus the Court considers that the EU inland waterway transport strategies have not been effectively implemented. Furthermore, the EU-financed projects examined were not always consistent with the inland waterway freight transport objectives and only a few of them improved navigability conditions. In Court’s opinion “this was partly due to weaknesses in the EU strategies for inland waterway transport (which were not based on sufficiently robust and comprehensive analysis) and to the unfocused use of limited resources at EU and Member State levels.” The Court gave two recommendations: 1. in order to improve the effectiveness of the EU funding of inland waterway transport and to ensure better project performance and 2. regarding the future development of the EU’s strategy for inland waterway freight transport, and achieving better coordination between Member States.

As stated in Market Report 2014-2017, in Europe there were almost 10 000 inland waterway companies in 2014 (60% of the companies are active in goods and 40% in passenger transport). The Western European inland shipping sector is characterised by high fragmentation, with the majority of companies being small family businesses owning or operating one or two vessels. In the Danube region the companies are mostly bigger, „at present about 14 large companies, with more than 20 vessels each.“ When we are talking about number of inland vessels, there are around 10,000 vessels in Rhine countries, and more than 3,000 vessels in Danube countries. The total number of employees in the European Union is approximately 44,000 both for the transport of goods and for the transport of passengers on inland waterways.

Inland waterways transport was traditionally reserved for the transportation of bulk industrial goods, building materials, heavy materials, oversized loads, etc. Future inland navigation development is mainly expected in new markets, e. g. in container transport, the circular economy, and city distribution.

The Danube, together with the Rhine, is the most important European river for the cruise sector. In 2016, there were 335 active cruise vessels operating in the EU, which represented 39% of the worldwide river cruise fleet, compared to 24% in 2005, which is a big progress. It was also great progress and in passenger transport. Between 2012 and 2016, the number of passengers on European river cruise vessels increased annually by 13% on average.

The European Commission is promoting inland waterway transport through various funding and financing programmes, such as the Connecting Europe Facility (CEF), Horizon 2020, the European Fund for Strategic Investments and through the Cohesion policy. According to overview of CEF support for the period 2014-2017 to inland waterway transport 'The Connecting Europe Facility (CEF) Transport Inland Waterway Portfolio', CEF Transport has funded 641 grants worth €22.3 billion of EU contribution, with a total investment in the European economy of €46 billion. The current CEF Transport Inland Waterway action portfolio (composed of 52 actions selected under the 2014-2017 calls and receiving €1.7 billion in CEF Transport funding) includes actions concerning inland waterway infrastructure, inland ports, innovation and greening of inland waterway transport and river information services (RIS).

4. Legal regulation of inland waterways transport

Navigation on rivers in Europe is currently regulated by a variety rules passed by international institutions and bodies: specific river navigation commissions (e. g. Danube Commission (DC), Moselle Commission, Central Commission for Navigation on the Rhine(CCNR), International Sava River Basin Commission (ISRBC)), United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), the European Union for EU Member States as well as national legislation.

Platz and KeesRuijgrok concluded the UNECE, and not the European Union is responsible for the harmonisation of technical, professional, safety and infrastructure matters of inland waterways navigation in the whole of Europe, and therefore develops and provides corresponding legal and technical measures.

The rules governing the navigation on European rivers are complex. Namely, the largest rivers in Europe, the Rhine and the Danube, are international rivers. Not only in the geographical, but also in the legal sense. So, for them there is an international agreement regulating navigation on them. The resolutions of the CCNR are legally binding for its member states. The Danube Commission decisions and recommendations are not legally binding and need to be implemented into national legislation of its member states. In addition to international treaties (which mainly regulate navigation regimes, protection of river environment, but also issues relevant to inland waterway transport), both EU and national legislation are in force. This fragmentation of the institution, numerous different regimes and rules certainly do not contribute to the harmonisation of rules in this mode of transport as well as its improvement. However, it seems that in recent years there has been a progress regarding harmonisation (see *infra*).

The private law applicable to inland water transport (contract law, liability rules) is still mostly national in character and its harmonisation at the international level is not sufficient. Measures to improve this situation have already been taken. European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Inland Waterways (ADN) of 2000, provides

a harmonised legal framework on the main aspects of the transport of dangerous goods. Budapest Convention on the Contract for the Carriage of Goods by Inland Waterway (CMNI) of 2001 establishes uniform rules concerning contracts for the carriage of goods by inland waterway, such as rights and obligations of the Contracting Parties, transport documents, liability of the carrier, etc. From the other side at present there is no international treaty that regulates inland waterway transport of passengers. The Convention on the limitation of liability in inland navigation (CLNI) of 2012 will entry in force on 1 July 2019 but covers only a limited number of countries. The new CLNI of 2012 introduces an enlarged scope of application – it includes all inland waterways (the previous CLNI of 1988 was restricted in its application only to the River Rhine and Mosel); introduces increased limits, particularly in respect of injury and death of passengers, and damages arising from the carriage of dangerous goods.

4.1. Legal regulation of inland waterway transport in the European Union

Historically, the EU (or former EC/EEC) did not play a role in the regulatory framework of inland shipping. Legal regulation of inland waterways transport in the framework of the European Union began in 1958 when, under the auspices of the European Coal and Steel, Agreement concerning freight rates and conditions for the carriage of coal and steel on the Rhine was adopted. Since than many regulations have been adopted, covering the following areas: vessels, work (qualifications, working time), River Information System, market, environment, etc.

Detailed analysis of the EU legal framework would exceed the scope and purpose of this paper. Therefore, in this place only recently adopted directives contributing to the harmonisation of legislation will be mentioned.

Directive (EU) 2016/1629 laying down technical requirements for inland waterway vessels was adopted on 16 September 2016. In order to achieve harmonisation at Union level, and to prevent distortions of competition and varying levels of safety, the same technical requirements should be applied to the whole of the Union's inland waterways. According to Art. 1. the Directive establishes the technical requirements necessary to ensure the safety of craft navigating on the inland waterways and the classification of those inland waterways. The Directive contains provisions on navigation certificates, vessel identification, inspection and altered technical requirements. The requirements for navigation certificates on inland waterways are identical across all Member States and lead to high level of safety. “The Directive takes account of the standards established by the ‘European Committee for Inland Navigation Standards’ (CESNI) and the new European standard laying down technical requirements for inland navigation vessels ES-TRIN 2017 has been incorporated into EU legislation via a Delegated Act. ”

The European Union extends the availability of information on vessels and certificates via its database - European Hull Database (EHDB) in order to support administrative measures for maintaining safety and ease of navigation and to ensure application of this Directive.

Directive (EU) 2017/2397 on the recognition of professional qualifications in inland navigation was adopted on 12 December 2017. The Directive sets up a harmonised system of the conditions and procedures for the certification of the qualifications of persons involved in the operation of a craft navigating on Union inland waterways, as well as for the recognition of such qualifications in the Member States. According to Art. 2, the Directive applies to deck

crew members, liquefied natural gas experts and passenger navigation experts on the types of craft listed in Art. 2(1) on any Union inland waterway. It aims to improve safety, to remove barriers to labour mobility, to develop the skills and employability of young people and to offer better career prospects to all crew members, as well as to facilitate the transition of experienced workers from other sectors.

For the purpose of this paper Directive 2005/44/EC on harmonised river information services (RIS) on inland waterways in the Community has to be mentioned. It establishes rules on the use of harmonised river information services (RIS), which are designed to ensure the safety, efficiency and environmental friendliness of inland waterways in the EU. RIS simplifies the exchange of information between public and private parties involved in river transport. It also facilitates the integration of inland waterway transport in the intermodal transport chain, which is a prerequisite for a higher modal share of inland waterway transport. Meanwhile, there was an important IT and technological development. RIS has been included in the Digital Inland Waterway Area (DINA) of 2017, whose aim is to interconnect information systems on infrastructure, people, vessels, management and cargo in the inland waterway transport sector and to connect this information with other transport modes. For that reason, the European Commission started to evaluate the Directive 2005/44/EC and it is still under evaluation.

4.2. NAIADES II Action Programme and its progress

The European Commission is promoting inland waterway transport through various programmes. The policy to promote inland waterway transport in Europe is contained in the NAIADES (Navigation And Inland Waterway Action and Development in Europe) Action Programme (2006-2013) and the platform for its implementation - PLATINA project, launched in 2008. NAIADES includes numerous actions and measures to improve transport on inland waterways. The NAIADES focuses on five strategic areas: improving market conditions, modernising the fleet, developing the human capital, strengthening the image and amending the infrastructure.

Both, NAIADES and PLATINA were extended, NAIADES II for the period 2014-2020 and PLATINA II for 2013 – 2016. According to NAIADES II Communication, the economic and environmental prospects for inland navigation have continued to worsen. Therefore, the Commission has decided to update and renew the NAIADES programme until 2020, and to align it with the Transport White Paper. The NAIADES II policy package ‘Towards quality inland waterway transport’ is the second European Action Programme aimed at moving more freight transport onto Europe’s waterways while reducing emissions and creating quality mode of transport. Key areas for policy actions in the field of inland waterway transport are: quality infrastructure, quality through innovation, smooth functioning of the market, environmental quality through low emissions, skilled workforce and quality jobs, integration of inland navigation into the multimodal logistics chain.

To support the coordination, implementation and monitoring of the NAIADES II action programme, the Commission launched in 2015 a programme support action (PSA) to implement the TEN-T core network related to sea ports, inland ports and inland waterway transport.

In September 2018, The European Commission has published a mid-term progress report on the EU inland waterway action programme NAIADES II and a report on digital

inland navigation (DINA). The NAIADES II mid-term report presents progress achieved up to 2017 and the on-going actions for implementing NAIADES II until 2020. Mid-term progress report as the major factors that affected the performance of inland navigation mentions: adverse hydro-meteorological conditions have affected operating conditions during certain periods in key sections of the inland waterways network (low water levels or flooding, ice) and lack of timely maintenance; limited economic recovery in the main sectors using inland navigation transport services; inadequate infrastructure, (including locks, bridges, minimum draught levels or river information systems (RIS) and bottlenecks on the trans-European transport network (TEN-T)). Despite these difficulties, the inland navigation sector has generally proved to be resilient over the last 5 years. "The inland navigation sector's share of EU transportation modes has remained steady at around 6% at the EU level." The mid-term report specifically refers to infrastructure, functioning of the market, environment, jobs which were discussed previously in this paper. In the mid-report, the European Commission emphasizes that most of the foreseen actions regarding regulations, policy and financing have been achieved. Finally, it further identifies on-going actions for further implementation of the NAIADES II programme until 2020 (preparation of acts, continuation of activities related to programs and projects, cooperation with commissions and other organizations as well as relevant bodies, research, etc.).

So, despite the fact that a lot has been done, and that plans for future activities exist, there is still a lot of work in front of the legislator and other stakeholders. The end of the NAIADES II program is approaching (year 2020), and it remains to see what will be the results of its implementation.

Conclusion

Although the inland waterways transport is an acceptable mode of transport, in some EU member states it is still unfortunately underestimated and insufficiently exploited. Although it has many advantages its modal share in the total of goods transported is rather stable - 6%. However, this modal share varies a lot between Member States. It is not easy to explain these differences and draw conclusions. Factors that certainly affect the results are availability and quality of the waterways network, available port infrastructure, presence of industries requiring inland navigation transport, user habits, but also political and historical elements.

European inland waterways are also faced with certain infrastructural difficulties. Definitely, the prerequisite for a high modal share of inland waterway transport is the adequate demand and above all the availability of efficient infrastructure - fairways and ports. Removal of bottlenecks and missing links as well as good infrastructure maintenance is necessary. Still, despite its importance, maintenance is often neglected. Therefore, greater investments are needed (for better maintenance of infrastructure, modernisation, etc.), but also for connecting with other modes of transport. Continuous investment in infrastructure along with the promotion of the use of inland waterway transport should bring positive change.

However, some positive changes have occurred. Most has been done in areas of modernisation of vessels, growth of passengers transport, and the introduction of modern information and communication technologies in inland navigation. Between 2012 and 2016, the number of passengers on European river cruise vessels increased annually by 13% on average. It is assumed that the increase in the number of passengers will continue and that river

tourism will develop ever more. Although the volume of goods transported has not increased significantly over the last 20 years, there is still hope that changes may occur here. Some of the ideas are the use of inland waterways for urban transport, and transportation of biomass, transportation of building materials for large infrastructure projects in big cities, etc.

When talking about legal regulation of inland waterway transport, fragmentation of the institution, numerous different regimes and rules are still present. However, it seems that in recent years there has been some move towards harmonisation of rules. Adopted Directive (EU) 2016/1629 laying down technical requirements for inland waterway vessels and Directive (EU) 2017/2397 on the recognition of professional qualifications in inland navigation contribute to the harmonisation of legislation. Furthermore, the European Commission started to evaluate Directive 2005/44/EC on harmonised river information services (RIS) on inland waterways in the Community.

However, work on improving legislation is still necessary. The private law applicable to inland water transport (contract law, liability rules) is still mostly national in character and its harmonisation at the international level is not sufficient. Although the European Union is trying to create favourable conditions for inland waterway transport, it should not be forgotten that the major river basins extend beyond the borders of the EU. Therefore, a wider - international, not just European cooperation is needed.

The advantages of inland navigation are not sufficiently spread among the public and the transport industry. As a key activity for the development of inland waterways transport, it is certainly promotional activities aimed at shippers, traders, manufacturers, companies, forwarders. The economic, safety and environmental benefits of the inland waterway transport should be emphasized.

We can conclude that inland waterways transport in the European Union is flowing, although not fast.

REFERENCES

Books

- Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodnopravo 1, 2. izmijenjeno izdanje*, Školska knjiga, Zagreb, 2010.
- Centar za razvoj unutarnje plovidbe (CRUP), *Priručnik za unutarnju plovidbu u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, 2006.
- Christodoulou A., Demirel H., *Impacts of climate change on transport - A focus on airports, seaports and inland waterways*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.
- Činčurak Erceg, Biljana, *Međunarodnerijeke - plovidba i zaštitariječno goliša*, Doctoral dissertation, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2013.
- European Commission, Central Commission for the Navigation of the Rhine, *Market Report 2014-2017, Main features and trends of the European Inland Waterway Transport sector*, Strasbourg, 2018.
- European Commission, *Statistical Pocketbook 2018, EU Transport in figures*, Luxembourg, 2018.

- Platz, T. E. and KeesRuijgrok, K., Inland waterways, in Matthias Finger, M., Holvad, T. (Eds.), *Regulating Transport in Europe*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2013.
- Radionov, N.; Čapeta, T.; Marin, J.; Bulum, B.; Kumpan, A.; Popović, N.; Savić, I., *Europskoprometnopravo*, Pravnofakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2011.

Journals

- Činčurak Erceg, B., Legal framework of European inland waterways and Croatian legislation on inland waterways navigation – problems of non-harmonized rules, *European Scientific Journal*, Vol. 14, special edition, February 2018, pp. 37–57.
- Ribbink, D., Van Riel, A. C. R., Semeijn, J., Policy Decisions and Modal Choice: An Example from the European Union, *Transportation Journal*, Vol. 44, No. 1, 2005, pp. 33–44.

Legal Acts

- 2000/706/EC: Council Decision of 7 November 2000 concerning the conclusion, on behalf of the Community, of the Convention for the Protection of the Rhine, OJ L 289, 16. 11. 2000, p. 30.
- Additional Protocol to the Convention on the Protection of the Rhine against Pollution by Chlorides, UNTS, vol. 1840, br. 23469, pp. 372.
- Budimpeštanskakonvencija o ugovoru o prijevozu robe unutar-njimplovnimputovima (CMNI) (Budapest Convention on the Contract for the Carriage of Goods by Inland Waterway (CMNI), Official Gazette of the Republic of Croatia, International Agreements, No. 10/2004.
- CCNR, Strasbourg Convention on the limitation of liability in inland navigation, <https://www.ccr-zkr.org/12050400-en.html>, accessed 11. 6. 2019.
- Commission Delegated Directive (EU) 2018/970 of 18 April 2018 amending Annexes II, III and V to Directive (EU) 2016/1629 of the European Parliament and of the Council laying down technical requirements for inland waterway vessels C/2018/2214, OJ L 174, 10. 7. 2018, pp. 15–19.
- Commission Staff Working Document, Annex to the Communication from the Commission on the Promotion of Inland Waterway transport "NAIADES" – an Integrated European Action Programme for Inland Waterway Transport, Brussels, 17. 1. 2006, (COM/2006/6/F).
- Communication from the Commission on the promotion of inland waterway transport "NAIADES" - an integrated European action programme for inland waterway transport {SEC (2006) 34}, COM/2006/0006 final, of 17 January 2006.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Towards quality inland waterway transport NAIADES II, {SWD (2013) 324 final}, COM/2013/0623 final of 10. 9. 2013.
- Convention on the Protection of the Rhine against Pollution by Chlorides, ILM, vol. 16, No. 2/1977, pp. 265. – 275.

- Convention on the Protection of the Rhine,
https://www.iksr.org/fileadmin/user_upload/DKDM/Dokumente/Rechtliche_Basis/EN/legal_En_1999.pdf.
- Directive (EU) 2016/1629 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 laying down technical requirements for inland waterway vessels, amending Directive 2009/100/EC and repealing Directive 2006/87/EC OJ L 252, 16. 9. 2016, pp. 118–176. It is applicable from 7 October 2018.
- Directive (EU) 2017/2397 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 on the recognition of professional qualifications in inland navigation and repealing Council Directives 91/672/EEC and 96/50/EC, OJ L 345, 27. 12. 2017, pp. 53–86.
- Directive 2005/44/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on harmonised river information services (RIS) on inland waterways in the Community, OJ L 255, 30. 9. 2005, pp. 152-159.
- Dodatni protokol, od 26. ožujka 1998. godine, uz Konvenciju o režimu plovidbe Dunavom, od 18. kolovoza 1948. godine (Supplementary Protocol to the Convention regarding the Regime of Navigation on the Danube of 1998), Official Gazette of the Republic of Croatia, International Agreements, No. 13/1998.
- European Commission, Commission Staff Working Document, Mid-term progress report on the implementation of the NAIADES II action programme for the promotion of inland waterway transport (covering the period 2014-2017), SWD (2018) 428 final, 18. 9. 2018, p. 3.
- European Conference of Ministers of Transport - Council of Ministers, Inland Waterways And Environmental Protection – Summary, CEMT/CM(2006)10/final.
- Europski sporazum o međunarodnom prijevozu opasnih tvari unutarnjim vodnim putovima (ADN) (European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Inland Waterways (AND), Official Gazette of the Republic of Croatia, International Agreements, No. 5/2019.
- Europski ugovor o glavnim unutarnjim plovnim putovima od međunarodnog značaja (AGN) (European Agreement on Main Inland Waterways of International Importance – AGN), Official Gazette of the Republic of Croatia, International Agreements, No. 16/1998.
- Konvencija o režimu plovidbe na Dunavu (Convention regarding the Regime of Navigation on the Danube), Official Gazette of the Republic of Croatia, International Agreements, No. 18/1998.
- Konvencija o suradnji u zaštiti i održivoj uporabi rijeke Dunav (Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River), Official Gazette of the Republic of Croatia, International Agreements, No. 2/1996.
- Mannheim Convention for the Navigation of the Rhine of 1868, Revidierte Rheinschiffahrts-Akte zwischen Baden, Bayern, Frankreich, Hessen, Niederland und Preussen Rheinurkunden, vol. 2 (1860 - 1918), Martinus Nijhof, 's-Gravengahe; Duncker & Humboldt, München and Leipzig, 1918., pp. 80. – 106.
- Okvirni sporazum o slivurijske Save (Framework Agreement on the Sava River Basin), Official Gazette of the Republic of Croatia, International Agreements, No. 14/2003, 5/2005.
- Protokol o režimu plovidbe uz Okvirni sporazum o slivurijske Save (Protocol on the Navigation Regime to the Framework Agreement on the Sava River Basin), Official Gazette of the Republic of Croatia, International Agreements, No. 6/2004, 5/2005.

- Protokol o sprječavanju onečišćenja voda uslijed plovidbe uz Okvirni sporazum o sliv rijeke Save (Protocol on Prevention of the Water Pollution Caused by Navigation to the Framework Agreement on the Sava River Basin), Official Gazette of the Republic of Croatia, International Agreements, No. 1/2010.
- Regulation (EU) 2016/1628 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on requirements relating to gaseous and particulate pollutant emission limits and type-approval for internal combustion engines for non-road mobile machinery, amending Regulations (EU) No 1024/2012 and (EU) No. 167/2013, and amending and repealing Directive 97/68/EC, OJ L 252, 16. 9. 2016, pp. 53–117.
- Regulation (EU) No 1315/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 on Union guidelines for the development of the trans-European transport network and repealing Decision No. 661/2010/EU, OJ L 348, 20. 12. 2013, pp. 1–128.
- Regulation (EU) No 1316/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 establishing the Connecting Europe Facility, amending Regulation (EU) No 913/2010 and repealing Regulations (EC) No 680/2007 and (EC) No 67/2010, OJ L 348, 20. 12. 2013, pp. 129–171.
- White Paper: ‘European transport policy for 2010: time to decide’, COM (2001) 370 of 12 September 2001.
- White Paper: ‘Roadmap to a single European transport area – Towards a competitive and resource efficient transport system’, COM (2011) 144 final of 28 March 2011.

Website References

- CCNR Market Observation - Annual report Inland Navigation in Europe 2018, <http://www.inland-navigation-market.org/en/period/2018/>, accessed 26. 5. 2019.
- Central Commission for Navigation on the Rhine (CCNR), <http://www.ccr-zkr.org/>, accessed 1. 6. 2019.
- Danube Commission, <http://www.danubecommission.org/>, accessed 1. 6. 2019.
- EUR-Lex, Recognition of professional qualifications in inland navigation, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32017L2397>, accessed 6. 6. 2019.
- European Commission, CEF support to inland waterways, ‘The Connecting Europe Facility (CEF) Transport Inland Waterway Portfolio’, State-of-play: June 2018, <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/studies/2018-06-cef-support-to-inland-waterways.pdf>, accessed 9. 6. 2019.
- European Commission, Central Commission for the Navigation of the Rhine, Market Report 2014-2017, Main features and trends of the European Inland Waterway Transport sector, 2018, pp. 57–58, https://www.inland-navigation-market.org/wp-content/uploads/2018/09/Market-report-2014-2017_Web.pdf, accessed 29. 5. 2019.
- European Commission, Digital Inland Waterway Area - Towards a Digital Inland Waterway Area and Digital Multimodal Nodes, Luxembourg, 2017, <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/studies/2017-10-dina.pdf>, accessed 12. 6. 2019.
- European Commission, Inland waterways, What do we want to achieve?, https://ec.europa.eu/transport/modes/inland_en, accessed 25. 5. 2019.

- European Commission, Towards quality inland waterway transport – State of Play, https://ec.europa.eu/transport/modes/inland/news/2018-09-20-towards-quality-inland-waterway-transport_en, accessed 6. 6. 2019.
- European Commission, Vessels, https://ec.europa.eu/transport/modes/inland/vessels_en, accessed 6. 6. 2019.
- European Conference of Ministers of Transport (ECMT) evolved into the International Transport Forum (ITF) in 2006. About ITF, <https://www.itf-oecd.org/about-itf>, accessed 29. 5. 2019.
- European Court of Auditors, Special report No. 1/2015 ‘Inland Waterway Transport in Europe: No significant improvements in modal share and navigability conditions since 2001’, of 3 March 2015, p. 7, https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_01/SR15_01_EN.pdf, accessed 10. 6. 2019.
- Eurostat, Goods transport by inland waterways, 2016, <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/mapToolClosed.do?tab=map&init=1&plugin=1&language=en&pcode=ttr00007&toolbox=legend>, accessed 8. 6. 2018.
- International Commission for the Protection of the Rhine, (ICPR), <http://www.iksr.org/index.php?id=58&L=3>, /, accessed 1. 6. 2019.
- International Sava River Basin Commission (ISRBC), <http://www.savacommission.org/>, accessed 1. 6. 2019.
- International Sava River Basin Commission, <http://www.savacommission.org/>, accessed 1. 6. 2019.
- Market Observation, Inland navigation in Europe, <http://www.inland-navigation-market.org/en/2159-2/>, accessed 4. 6. 2019.
- Moselle Commission, moselkommission.org/, accessed 1. 6. 2019.
- The list of EU legislation in the field of inland waterways is available at: https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/summary_of_eu_legislation_in_the_field_of_inland_waterways.pdf, accessed 4. 6. 2019.

СОЦИЈАЛНА ЗАШТИТА НА ВРАБОТЕНАТА ЖЕНА ЗА ВРЕМЕ НА БРЕМЕНОСТ И МАЈЧИНСТВО

Билјана Тодорова

Вонреден професор,

Универзитет „Гоце Делчев“ – Штип, Правен факултет

E-mail: biljana.todorova@ugd.edu.mk

Апстракт

Заштита на мајчинството е основно човеково право и суштински предуслов за остварување на правата на жените и родова еднаквост. Тоа е правно и општествено признавање на придонесот што жените го прават со тоа што раѓаат деца додека во исто време работат за плата. Заштита на мајчинството значи заштита на правото на работа на жените. Иато така значи тие да работат со достоинство и да имаат услови во кои нема дискриминација по основ на нивниот пол и нивната улога во репродуктивниот процес.

Заштитата на мајчинството е препознаена како клучна компонента на системите за социјална заштита, како инвестиција за обезбедување на идниот човечки капитал во една земја - како што е прикажано со опсегот на голем број политички иницијативи.

Неодамнешните трендови во програмите за заштита на породилното отсуство и мајчинството покажуваат дека дел од европските земји имаат усвоено мерки за прилагодување кои ефективно го намалуваат нивото на заштита на мајчинството, што има штетно влијание врз правата на жените. Други земји усвоија мерки кои ја прошируваат заштитата на мајчинството преку зголемување на времетраењето и опфатот на бенефициите за мајчинство, или преку проширување на покриеноста со заштитата на мајчинството.

Во трудот се прави споредбена анализа на ова право во конвенциите на Меѓународната организација на трудот (МОТ), правото на Европската Унија и во тој контекст се елаборираат предизвиците на законодавството на Република Северна Македонија.

Понатаму во трудот е направена динстинкција помеѓу правата од бременост и правата од породилно / родителско отсуство кои се одделно регулирани и за чија исплата на парични надоместоци се задолжени различни институции.

Правото на надоместок на плата за време на отсуство од работа поради бременост, раѓање и мајчинство го имаат осигурениците под услови предвидени во законите од областа на работни односи и законодавството за здравствено осигурување или социјална заштита. Оттаму, следи и преглед анализа на организацијата на парични бенефиции за мајчинство согласно овие закони. Главен инструмент при анализата во трудот е критичкиот осврт на важечкото законодавство кое се однесува на овој вид на парични надоместоци од социјално осигурување и заштита.

Клучни зборови: бременост, мајчинство, родителско отсуство, социјално осигурување, надоместок на плата, парични бенефиции.

SOCIAL PROTECTION OF EMPLOYED WOMEN DURING PREGNANCY AND MATERNITY LEAVE

Biljana Todorova

Associate Professor,

University „Goce Delcev" – Shtip, Faculty of Law

E-mail: biljana.todorova@ugd.edu.mk

Abstract

Maternity protection is a fundamental human right and an essential prerequisite for the achievement of women's rights and gender equality. It is a legal and social recognition of the contribution that women make by having babies while at the same time working for pay. Maternity protection means defending women's rights to work. It also means that women work in dignity and benefit from conditions that exclude discrimination and discriminatory practices based on their sex and their reproductive role.

Maternity protection is recognized as a crucial component of social protection systems – effectively, as an investment to secure country's future human capital – as shown by the number and range of recent and continuing policy initiatives. Recent policy trends in maternity protection schemes show that a number of European countries have adopted adjustment measures that effectively reduced the level of maternity protection, having a detrimental impact on women's rights. Other countries have adopted measures that extend maternity protection by enhancing the duration and scope of maternity benefits, or by extending maternity protection coverage.

This paper provides overview of the organization of maternity cash benefits and maternity care according to ILO Conventions, European Union law and in the Republic of North Macedonia. It focuses specifically on income security for women before and after childbirth.

Further in the paper, it is explained about the differences between the rights of pregnancy and the rights of maternity / parental leave that are separately regulated and for which the payment of monetary allowances is entrusted to different institutions.

The right to salary compensation during absence from work due to pregnancy, birth and maternity are insured under the conditions stipulated in the law on labor and the legislation on health insurance or social protection. Hence, an analysis of the organization of maternity benefits according to these laws is given. The main instrument in the analysis of in the labor is the critical review of the current legislation that refers to this type of social security benefits and payments.

Keywords: *pregnancy, motherhood, parental leave, social insurance, salary compensation, cash benefits.*

1. Вовед

Значењето на правата на вработената жена за време на бременост и мајчинство е широко прифатен принцип и од страна на научниците и од страна на креаторите на политики. Истражувањата покажуваат дека добро платени, непреносливи и флексибилни одредби во однос на мајчинството и грижа за децата ја ублажуваат „бебешката казна“ со која се соочуваат жените на пазарот на труд и помагаат во намалувањето на родовата нееднаквост кај жените и во домаќинството и на работното место.¹

Во последнава деценија, многу земји на ОЕЦД започнаа промени во политиките за заштита на бременост и мајчинство, особено во Европа, под хармонизирачкиот притисок на Европската унија. Сепак, и покрај овие законски промени, опфатот на правата варира не само меѓу земјите, туки и помеѓу секторите во рамките на една земја.

Заштитата на мајчинството за жените работници придонесува за здравјето и благосостојбата на мајките и нивните бебиња, а со тоа и на постигнувањето на Милениумските развојни цели 4 и 5 усвоени од земјите-членки на Обединетите нации, кои бараат намалување на детската смртност и подобрување на здравјето на мајките. Со законско гарантирање на вработувањето, зачувувањето на работното место и безбедноста на приходот за време и по породилното отсуство, заштитата на мајчинството, исто така, придонесува за реализација на третата милениумската развојна цел, промовирање на родова еднаквост и зајакнување на жените.

Времетраењето и финансискиот надомест што е на располагање додека работничката е на породилно отсуство значително се разликуваат меѓу земјите. Ова се рефлектира преку примери на повеќето одредби за плаќање на породилното отсуство. Земјите кои најдолго плаќаат породилно отсуство според закон се: Чешка - 28 седмици; Унгарија - 24 недели; Италија – 20 недели; Канада - 17 недели; Шпанија и Романија - по 16 недели. Данска, Норвешка и Шведска обезбедуваат екстензивно платено отсуство кое може да го преземе таткото или партнерот, иако дел е резервиран за мајката.²

Конвенциите на МОТ бр.3 и бр. 103 нагласуваат дека работодавачите не треба да се одговорни за паричниот надоместок за време на породилно отсуство и дека придобивките треба да се обезбедат преку социјалното осигурување или други јавни фондови. Принципот на плаќање преку социјално осигурување или други јавни фондови е важен за олеснување на дискриминација на пазарот на труд, што би можело да биде поголема веројатност кога работодавачите директно би ги плаќале трошоците за породилно отсуство. Овој принцип се одржува и во Конвенцијата на МОТ бр. 138, иако оваа Конвенција им овозможува на работодавачите да бидат индивидуално одговорни за породилни надоместоци во случај кога постои национален договор помеѓу

¹ Mandel H., M. Semyonov., „A Welfare State Paradox: State Interventions and Womens Employment Opportunities in 22 Countries“, American Journal of Sociology, Tel Aviv University, 2006, стр. 1910-1949.

² „Maternity and equivalent paternity benefits in cash“, Reference year 2016, Frederic De Wispelaere, Jozef Pacolet & Liesbeth Op de Beeck HIVA–KU Leuven, October 2017, стр. 19-24.

социјалните партнери и владата.³ Во Франција, колективните договори може да бараат од работодавачот да го исплати надоместокот на платата за време на породилното отсуство, а потоа да побара средствата да му се вратат од Фондот за социјална заштита. Колективните договори можат да обезбедат поголеми бенефиции, главно за вработените кои заработуваат повеќе од месечниот износ за социјално осигурување (€ 3.170 месечно во 2015 година). Ако работничката е сезонски работник или врши периодични работни ангажмани, таа мора да работи најмалку 600 часа во годината пред почетокот на бременоста или пред породилното отсуство.⁴

Работничка која забременила кратко време по започнувањето на нова работа е во несигурна состојба. Во врска со пристапот до парични надоместоци, трендот за должина на породилното отсуство и паричниот надоместок од земја до земја, зависат од бројот на деца во семејството, зачестеноста на раѓање, работното време или во комбинација од овие. Најчестиот услов за користење на платено породилно отсуство е минималниот работен стаж кај ист работодавач. Во некои земји тој е минимум три месеци вработување во континуитет (Швајцарија), до минимум дванаесет месеци во континуитет (Хрватска). Колективните договори често го зголемуваат правото на отсуство. На пример, во Шпанија, 18.000 наставници од јавната настава во Баскија добиваат 18 недели породилно отсуство, две повеќе од законски предвидено, а 12.000 приватни наставници во истиот регион добиваат 17 недели. Во Обединетото Кралство, 85 проценти од 240 различни бизниси анкетирани во 1995 година понудиле подолг период на породилно отсуство отколку што е задолжително со закон.⁵

Понатаму, за работничка да се квалификува за исплата на социјално осигурување, потребно е да се плаќа минимално ниво на придонеси. При исполнување на условите за паричен надоместок, потешкотии може да имаат и вработените со скратено работно време, како и привремено вработените работнички.

Од првата конвенција на МОТ за мајчинство од 1919 година, кога само девет земји го овозможувале ова право, во извештајот на МОТ за „Заштита на мајчинството на работното место“⁶ се наведува дека жените кои се во работен однос постигнале неверојатен напредок во добивањето на породилно отсуство исплатено преку социјалното осигурување. Бројот се зголеми на 40 до 1952 година, а на повеќе од 100 денес. Во други земји, работодавците се должни да го платат целото или дел од отсуството.

Во многу земји, бројот на жени кои имаат право на заштита од мајчинство се зголемил главно поради проширувањето на плановите за социјално осигурување на жените кои претходно не биле опфатени, како што се земјоделските и домашните работници и самовработените лица.⁷ Белгија, Франција, Луксембург и Шпанија

³ „*Maternity at work: a review of national legislation*“, International Labour Office, Conditions of Work and Employment Branch, Second edition, Geneva: ILO, 2010, стр. 23.

⁴ Aumayr-Pintar, C., Cabrera, J., Fric, K., Torres-Revenga, Y., наведено дело, стр. 31.

⁵https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008009/lang--en/index.htm, посетено на 03.06.2019.

⁶https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008009/lang--en/index.htm, посетено на 01.06.2019.

⁷ На пример, на Бахамите, Костарика, Финска, Филипини, Португалија, Словачка и Тунис, самовработените жени се заштитени под исти квалификациони услови, на исто ниво на бенефиции и исплата како вработени жени.

поставија посебни системи за заштита на самовработените жени за време на породилно отсуство.

Додека во повеќето индустријализирани земји платеното породилно отсуство стана стандард, напредокот не е униформен. Во земјите од Источна Европа, претходно обемните бенефиции за мајчинството, особено паричните надоместоци, се намалени поради економското реструктурирање.

Онаму каде што голем број жени работат во неформалниот сектор, законодавството не обезбедува заштита.⁸ Во земјите каде што системите за социјална заштита се сè уште слаби, покриеноста е доста ограничена.⁹

Во државите на ЕУ речиси да нема програми за привремена спреченост за работа поврзана со бременост кои овозможуваат парични надоместоци. Во сите земји, компликациите за време на бременост се изедначуваат со другите болести и се исплаќаат според шемите за здравствено осигурување. Кога станува збор за социјална заштита на жената за време на предпородилниот период позитивен пример е Португалија, каде што невработените жени за периодот на бременост примаат социјална бенефиција, пренатална семејна корист. Таа се исплаќа по тринаесетата недела од бременоста во период од шест месеци. Висината на доходот и стапките се идентични со семеен додаток за дете на возраст под една година.¹⁰ Во Луксембург постои пренатален паричен надоместок што се исплаќа на мајката ако се подложи на пет задолжителни медицински прегледи за време на бременоста, како и стоматолошки преглед. Породилен надоместок се плаќа по раѓањето на детето, ако мајката направи гинеколошки преглед во рок од две до десет недели од породувањето. Постпородилен надоместок се исплаќа на вториот роденден на детето, ако тоа има шест задолжителни медицински прегледи. Секоја од овие три бенефиции изнесува 580.03 €. ¹¹ Надоместок за мајчинство за жени кои немаат право на породилно отсуство се плаќа на жени кои не се подобни за платено отсуство, кои се невработени. Се исплаќа паушален износ од 86,77 € / неделно за 14 недели.¹²

Додека повеќето системи на социјално осигурување, повеќе или помалку и даваат на работничката право на одреден период на породилно отсуство и соодветен паричен надоместок, не се придава многу значење на предпородилниот период, почнувајќи од забременувањето, па до моментот на почнување на користењето на породилното отсуство, кога идните мајки поради здравствена состојба поврзана за бременоста не се во состојба да одат на работа и да ги извршуваат своите редовни работни активности, односно имаат намалена работна способност.¹³ Ваквата здравствена состојба поврзана

⁸ Во Колумбија, 52 отсто од вработените жени се вработени во неформалниот сектор, во Перу, 48 отсто, и Полска, 10 отсто. Исто.

⁹ На пример, социјалната сигурност покрива околу 5 проценти од работното население во Бенин, во Брегот на Слоновата Коска, 7 проценти и Камерун, 10 проценти. Исто.

¹⁰ Извор: *Family policy in the 28 EU Member States*, https://www.caf.fr/sites/default/files/cnaf/Documents/international/fiches%20pays/Compil%20fiches%20pays%20pays%20UE_01%202018_English.pdf, посетено на 05.06.2019, стр. 84.

¹¹ Исто, стр. 72.

¹² Исто, стр.77.

¹³ Постојат неколку компликации поврзани со бременоста кои можат да доведат до привремен хендикеп кај бремената работничка, со што таа се квалификува за социјални бенефиции. Компликациите како резултат на бременоста бременоста може да доведат до широк спектар на здравствени проблеми кај мајката. Тешка хеморагија, дијабетес, воспалителни нарушувања и хипертензија се некои од

со бременоста (патолошка бременост) се изедначува со секоја друга болест на останатите работници, што во услови на активни политики за рамноправност на половите и поповолен третман на жената, особено во периодот на бременост и мајчинство, се покажува како дискриминаторски однос на законодавецот.

2. Меѓународна нормативна рамка

2.1 Конвенции на МОТ

Еден од најважните правни инструменти со кој се гарантира правото на социјално (здравствено) осигурување е Конвенцијата бр. 3 за заштита на мајчинството, со која МОТ за првпат ја препозна важноста на заштита на мајчинството во 1919 година. Понатаму, Конвенцијата бр. 17 за надомест на работниците (повреда при работа), Конвенцијата бр. 18 за надомест на работниците (за боледување на работното место), Конвенција бр. 24 за осигурување во случај на болест на вработените во индустријата и трговијата, Конвенцијата бр. 25 за осигурување во случај на болест на вработените во земјоделството, Конвенцијата бр. 102 за минимално социјално осигурување, Конвенцијата бр. 103 (ревидирана) за заштита на мајчинството, Конвенцијата 121 за надомест во случај на несреќа на работа и професионални заболувања, Конвенција 183 за заштита на мајчинството и др. Сите наведени конвенции ги обврзува државите членки на МОТ да преземат соодветни мерки и активности за нивна имплементација во националната трудова легислатива и нивна ефективна примена во практиката.

Генерално, постојат седум клучни елементи за заштита на мајчинството. Овие елементи се: опфат на работници, периодот на отсуство од работа, парични бенефиции, здравствената заштита, заштитата на работата, недискриминацијата, пауза за доење и објекти за доење.¹⁴ Целта на МОТ цел е овие елементи да се имплементирани како минимален стандард во националните законодавства за заштита на мајчинството.

Според стандардите на МОТ минималното отсуство од работа поради раѓање и мајчинство е во траење од 12 недели, иако се препорачува одмор од 14 недели. Во земјите кои обезбедуваат парични надоместоци преку социјална сигурност, стандардите на МОТ велат дека работничката треба да се плати со стапка од не помалку од две третини од нејзиниот претходно осигуран приход, со полно здравствено осигурување.¹⁵

здравствените причини што ја намалуваат работната способност на бремената работничка, како и можноста да патува од и до работното место, како резултат на нејзината бременост.

Иако исполнување на условите, висината на надоместокот и времетраењето на неговата исплата варираат од држава до држава, програмите за социјална заштита се слични. Вработената мора да поднесе барање за надоместок, подржано со изјава на лекар во врска со нејзината здравствена состојба за време на бременоста. Ако барањето е одобрено, работничката добива процент од нејзината вообичаена плата (55-90%) или фиксен надоместок, додека трае спреченоста. Исто.

¹⁴ „Key Elements of Maternity Protection at Work with Special Reference to ILO Convention 183 and Recommendation 191“, <http://waba.org.my/v3/wp-content/uploads/2018/08/2-Key-Elements-of-Maternity-Protection-at-Work.pdf>, посетено на 03.06.2019.

¹⁵ Конвенцијата не содржи дефиниција за „претходна заработка“, и земјите ги дефинираат таквите приходи на различни начини. На пример, во Исланд, процентот се применува на просечната плата на работникот за време на 12 месечен континуиран период кој завршува два месеца пред првиот ден од породилно / татковско отсуство. Во Сенегал се применува стапка од 100 проценти од дневната плата добиена на последниот ден на исплата, вклучувајќи додатоци кои се директно поврзани со природата на работата. Во Перу, висината на исплатата се пресметува на основа на просечната дневна плата во текот на четири месеци пред почетокот на породилното. Во Монголија, просечната плата се пресметува во текот на претходната година.

Во моментот, 119 земји го исполнуваат стандардот на МОТ од 12 недели, при што 62 од тие земји обезбедуваат 14 или повеќе недели. Само 31 земја имаат платено породилно отсуство помалку од 12 недели.¹⁶

Во текот на 20 век, повеќето земји во светот донесоа законодавство за заштита на мајчинството на национално ниво.

Во табелата што следи, преземена од извештај на МОТ за „Правни индикатори за комбинирање на работа, семејство и личен живот“, е прикажана должината на платено породилното отсуство, процентот на надоместокот и од кого се врши исплатата на паричниот надоместок за време на породилно отсуство во земјите во Европа.¹⁷

Европа	Траење	Висина на надоместок од основица	Исплата врши
Австрија	16 недели	100	Социјално осигурување
Белорусија	126 дена	100	Социјално осигурување
Белгија	15 недели	82 за 30 дена, 75% * потоа	Социјално осигурување
Бугарија	120-180 дена	100	Социјално осигурување
Кипар	16 недели	75	Социјално осигурување
Данска	18 недели	100* 10 дополнителни недели може да се земат од било кој родител	Социјално осигурување
Финска	105 дена	80	Социјално осигурување
Франција	16-26 недели	100	Социјално осигурување
Германија	14 недели	100	Социјално осигурување до одреден износ, работодавачот ја плаќа разликата
Грција	16 недели	75	Социјално осигурување
Унгарија	24 недели	100	Социјално осигурување
Исланд	2 месеци	Фиксна исплата	Социјално осигурување
Ирска	14 недели	70* или фиксна стапка	Социјално осигурување
Израел	12 недели	75*	Социјално осигурување
Италија	5 месеци	80	Социјално осигурување
Лихтенштајн	8 недели	80	Социјално осигурување
Луксембург	16 недели	100*	Социјално осигурување
Малта	13 недели	100	Социјално осигурување
Холандија	16 недели	100	Социјално осигурување
Норвешка	18 недели	100 и 26 дополнително платени недели на било кој родител	Социјално осигурување
Полска	16-18 недели	100	Социјално осигурување
Португалија	98 дена	100	Социјално осигурување
Романија	112 дена	50-94	Социјално осигурување
Русија	140 дена	100	Социјално осигурување
Шпанија	16 недели	100	Социјално осигурување

¹⁶ „Maternity at work: a review of national legislation“, International Labour Office, Conditions of Work and Employment Branch, Second edition, Geneva: ILO, 2010, стр. 6.

¹⁷https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/presentation/wcms_146168.pdf, посетен на 03.06.2019.

Шведска	14 недели	450 дена платено родителско отсуство: 75% 360 дена; 90 дена фиксна исплата	Социјално осигурување
Швајцарија	8 недели	100	Работодавачот
Македонија	9 месеци, 2 и повеќе деца 1 година	100	Социјално осигурување
Турција	12 недели	66.7	Социјално осигурување
Украина	126 дена	100	Социјално осигурување
Обединетото Кралство	14-18 недели	90 за 6 недели, потоа фиксна исплата	Социјално осигурување

2.2 Акти на ООН

Најзначајните меѓународни правни инструменти на ООН со кои се гарантира правото на граѓаните на социјална (здравствена) заштита и социјално (здравствено) осигурување се Универзалната декларација за правата на човекот и Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права. Во Универзалната декларација за правата на човекот од 1948 година стои дека „секој има право на социјално осигурување....“ , како тоа дека „мајките и децата имаат право на посебна нега и помош“. Во Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права од 1966 година, државите договорнички го признаваат правото на социјално обезбедување на секого, вклучувајќи го овде и социјаното осигурување. Исто така, државите договорнички на Пактот преземаат обврска за „заштита и помош на семејството, како основна клетка на општеството“, а „посебна заштита треба да се даде на мајката во текот на разумен период пред и по породувањето, а во текот на овој период вработените мајки треба да користат платено отсуство или отсуство пропратено со соодветна помош од социјално осигурување.“

2.3 Акти на Европа

Во Европа најважен правен инструмент е Европската социјална повелба (ревидирана) на Советот на Европа од 1996 година со која се гарантираат повеќе социјални права: право на вработените жени на заштита на мајчинството,¹⁸ правото на заштита на здравјето¹⁹, правото на социјално осигурување²⁰, правото на социјална помош и медицинска помош²¹. Во Европска повелба за правата на пациентите стои дека „секој поединец има право на доволен надомест во разумен временски период, во случај на претрпена физичка или морална и психолошка штета или во случај на страдање предизвикано од лекување или од услуга во здравствениот систем. Здравствената заштита мора да гарантира надомест, без оглед на тежината на настанатата штета или нејзината причина (од предолго чекање до медицинска грешка), дури и кога крајната одговорност не може да биде утврдена со точност“.²²

¹⁸ Член 9.

¹⁹ Член 11.

²⁰ Член 12.

²¹ Член 13.

²² Европска повелба за правата на пациентите, Брисел, 15 ноември 2002.

Во Договорот за основање на Европската економска заедница во членот 119 - еднаква плата за еднаква работа е првата регулатива која се однесува на еднаквоста меѓу жените и мажите. Тој беше донесен во голема мера заради економска цел - Франција инсистираше на вклучување на оваа одредба стравувајќи дека дополнителните трошоци создадени од законодавството за заштитата на работниците, вклучувајќи го и законот за еднакви плати, би ги ставило во конкурентен недостаток на Заедничкиот пазар.²³

Заштитата на жените во врска со бременоста и мајчинството генерално е регулирана во директивите: Директива 75/117 на Советот на Европа од 10 февруари 1975 година за приближување на законите на земјите-членки во врска со примената на принципот на еднаква плата за мажи и жени, Директивата 92/85 / ЕЕЗ на Советот од 19 октомври 1992 година за воведување на мерки за поттикнување на подобрувања во безбедноста и здравјето при работа на бремени работници и работници кои неодамна се породиле или дојат, Директива за родителско отсуство, 96/34 / ЕС, Директива 2006/54 / ЕЗ на Европскиот парламент и на Советот од 5 Јули 2006 година за спроведување на принципот на еднакви можности и еднаков третман на мажите и жените во прашања на вработување и занимањето (преработена).²⁴

2.4. Искуства на Судот на правдата

Судот на правдата прави јасна дистинкција помеѓу бременост и болест, дури и каде што болеста е резултат на бременоста, и се манифестира пред или по породилното отсуство. Тој го претставува гледиштето дека патолошки состојби предизвикани од бременоста или породувањето, кои се јавуваат пред или по истекот на породилното отсуство се опфатени со општите правила што се применуваат во случај на болест. Оттаму, работничката не се штити од отпуштање врз основа на привремена спреченост за работа поради болест поврзана за бременост.

Слично решение е донесено во однос на висината на платите за бремените работнички и на оние кои се на породилно отсуство - нивната горна граница е утврдена од страна на земјите-членки. Во случај Гилеспи²⁵ (C-342/93 [1996] ECR I-475) Судот на правдата се изјасни дека: принципот на еднаква плата утврдена во член 119 од Договорот и Директивата 75/117 за приближување на законите на земјите-членки во врска со примената на принципот на еднаква плата за мажите и жените не утврдува дека жените треба да продолжат да добиваат целосна плата за време на породилно отсуство, ниту ги пропишува посебните критериуми за утврдување на висината на надоместок кој се плаќа за нив во тој период, под услов износот да не е поставена така ниско што би ги загрозил целите на породилно отсуство, а тоа е заштитата на жените, пред и по породувањето. Но со цел да се оцени соодветноста на тој надоместој, националните законодавства мора да ги земат предвид, не само должината на породилното отсуство, туку и другите форми на социјална заштита што се утврдени со националното законодавство во случај на оправдано отсуство од работа.

²³ Barnard, C., „*The Principle of Equality in the Community Context*“, Grant, P., Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows, Cambridge Law Journal, 57 (2), 1998, стр. 352-373.

²⁴ Maliszewska-Nienartowicz, J., „*Pregnancy Discrimination in the European Union Law Its Legal Character and the Scope of Pregnant Women Protection*“, Mediterranean Journal of Social Sciences MCSER Publishing Rome-Italy, Vol 4 No 9, October 2013, стр. 441.

²⁵ Исто, стр. 444.

Треба да се напомене дека во согласност со член 11 (3) од Директивата 92/85 / ЕЕЗ надоместокот се смета за адекватен „ако гарантира приход барем еквивалентен на она што конкретниот работник ќе го добие во случај на отсуство врз основа на здравствената состојба“. Надоместоците на плата се предмет на уредување на националното законодавство и правото на ЕУ не бара целосна исплата или еквивалентен надоместок за време на породилното отсуство.

Судот на правдата зазема сличен став во однос на надоместокот на плата за време на периодот на бременоста. Така во случајот Мекена²⁶ (C-191/03 [2005] ECR I-7631) Судот нагласува дека: законот на Заедницата не бара целосно плаќање за работничка која е отсутна за време на нејзината бременост поради болест во врска со таа бременост. За време на привремена спреченост од работа кои произлегуваат од таквата болест, работничката може да претрпи намалување на нејзината плата, бидејќи таа мора да се третира на ист начин како работник маж, кој отсуствува по основ на болест. Ова под услов износот на плаќање да не е многу низок со што би се попречила целта за заштита на бремените работнички.

3. Состојба во РСМ

Република Македонија е демократска и социјална држава во која сите пред законот се еднакви, а една од темелните вредности на уставниот поредок на Република Македонија помеѓу останатото е и почитување на демократските принципи и човековите права.

Во Преамбулата на Уставот на РМ, како највисок општ правен акт во државата, една од целите на општеството е да се обезбеди социјална правда, економска благосостојба и напредок на личниот живот.²⁷ РСМ е дефинирана како суверена, самостојна, демократска и социјална држава.²⁸ Атрибутот социјална држава подразбира дека државата е должна да создаде правни претпоставки за обезбедување на социјалните права на граѓаните, во кои спаѓа и правото на социјална заштита и социјално осигурување, кое покрај другите е вклучено и здравствената заштита и здравственото осигурување.

Во Делот II со наслов „Основни слободи и права на човекот“ во Поглавјето 2 со наслов „Економски, социјални и културни права“ е регулирано дека „секој има право на работа, слободен избор на вработување и материјална обезбеденост за време на привремена невработеност“,²⁹ што е важен законски услов за остварување на правото на здравствена заштита и здравствено осигурување. Понатаму „граѓаните имаат право на социјална сигурност и социјално осигурување утврдени со закон и колективен договор“,³⁰ и дека „републиката се грижи за социјалната заштита и социјалната сигурност на граѓаните согласно начелото на социјална праведност“.³¹ Исто така, со Уставот на „секој граѓанин му се гарантира правото на здравствена заштита“ и „граѓанинот има право и должност да го чува и унапредува сопственото и здравјето на

²⁶ Исто, стр. 446.

²⁷ Устав на Република Северна Македонија, Точка 1 на Амандманот IV со која се заменува Преамбулата од Уставот на РСМ;

²⁸ Член 1.

²⁹ Член 32.

³⁰ Член 34.

³¹ Член 35.

другите“,³² и е утврдено дека „Републиката посебно ги заштитува мајчинството, децата и малолетните лица“.³³

Според Законот за работните односи,³⁴ работничка за време на бременост, раѓање и родителство има право на платено отсуство од работа во траење од девет месеци непрекинато, а доколку роди повеќе деца одеднаш (близнаци, тројка и повеќе) петнаесет месеци. Законското решение кое се однесува на должината на отсуството и на задолжителното отсуство од работа за време на бременост раѓање и родителство, се однесува на сите вработени, без разлика дали работат во приватниот или јавниот сектор. Оттаму, законодавецот не прави разлика помеѓу жените вработени во јавниот или приватниот сектор, односно сите жени се еднакви во остварувањето на правото на надоместок на плата за време на отсуство од работа поради бременост, раѓање и мајчинство. Условите и критериумите за остварување на ова право се исти за секоја жена, односно условите се исти и за жените вработени во јавниот сектор.

Врз основа на наод од надлежниот здравствен орган, работничката може да го започне отсуството за бременост, раѓање и родителство 45 дена пред раѓањето, а задолжително 28 дена пред раѓање.

Работникот кој користи отсуство од работа поради бременост, раѓање и родителство, отсуство за неа и заштита на дете има право на надоместок на плата согласно со Закон и колективен договор.³⁵

Во рамките на задолжителното здравствено осигурување се обезбедува право на парични надоместоци и тоа: право на надоместок на плата за време на привремена спреченост за работа поради болест и повреда и за време на отсуство од работа поради бременост, раѓање и мајчинство, како и право на надоместок на патни трошоци.³⁶

Правото на надоместок на плата за време на отсуство од работа поради бременост, раѓање и мајчинство се исплатува за деновите за кои се остварува плата и во траење утврдено со прописите за работните односи.³⁷ Средствата за остварување на правото на надоместокот се обезбедуваат од Буџетот на РСМ преку надлежен орган.

Осигурениците можат да остварат право на надоместок на плата ако здравственото осигурување траело најмалку шест месеци непрекинато пред настапување на случајот, освен во случаите на повреда на работа и професионално заболување, ако придонесот за задолжителното здравствено осигурување редовно е уплатуван или со задолжување од најмногу 60 дена и ако оцената за привремената спреченост за работа да ја дал избраниот лекар, односно лекарска комисија.³⁸ Прекиниот на работниот однос за време на користење на правото на надоместок на плата согласно законската регулатива не влијае на понатамошно остварување на правото на надоместок на плата, до завршување на периодот на породилно отсуство. Значи, надоместокот на плата се исплаќа за целиот временски период.

³² Член 39.

³³ Член 42.

³⁴ Пречистен текст-„Сл. Весник на РМ“ бр.52/2012 и 13/2013, член 165.

³⁵ Закон за работните односи, член 170.

³⁶ Според Законот за здравствено осигурување (пречистен текст „Службен весник на РМ“ бр. 65/2012 и 16/2013), член 12.

³⁷ Исто, член 14.

³⁸ Исто, член 15.

Понатаму, основницата за пресметување на надоместокот на плата претставува просечниот месечен износ на исплатената плата на која е платен придонесот за задолжителното здравствено осигурување во последните дванаесет месеци пред настанувањето на случајот поради кој се стекнува правото на надоместокот.³⁹

Висината на надоместокот на плата за време на привремена спреченост за работа ја определува работодавецот, односно Фондот со општ акт, но најмалку во висина од 70% од основницата за надоместокот на плата.⁴⁰ По исклучок, висината на надоместокот на плата за време на привремената спреченост за работа предизвикана со повреда на работа, професионална болест, за време на давање крв, ткиво или орган, како и за време на отсуство поради бременост, раѓање и мајчинство изнесува 100% од основницата на надоместокот на плата.

Согласно, Правилникот за содржината и начинот на остварување на правата обврските од задолжителното здравствено осигурување правото на надоместок на плата за време на отсуство од работа поради бременост, раѓање и мајчинство го имаат осигурениците под услови предвидени во Законот за здравствено осигурување, а основницата за пресметување на надоместокот на плата се утврдува согласно Законот за здравствено осигурување.⁴¹ Надоместокот на плата за време на привремена спреченост за работа изнесува 70% од основницата⁴², а за лицата заболени од малигни заболувања, додека трае лекувањето 85% од основницата утврдена за надоместокот на плата.⁴³ Фондот врши контрола на користењето на боледувањето за време за кое надоместокот на платата се обезбедува на товар на средствата на Фондот. Од друга страна според Законот за пензиското и инвалидското осигурување за утврдување на пензиската основница се земаат платите, паричните надоместоци, односно основниците на осигурување што осигуреникот ги остварил во согласност со закон и колективен договор.⁴⁴ Согласно овој закон, за време на привремена спреченост од работа поради болест и повреда, односно за време на отсуство од работа поради бременост, раѓање и мајчинство, за утврдување на пензиската основа се зема надоместокот на плата.⁴⁵ Надоместокот на плата се валоризира со коефициент со кој се валоризираат платите за таа година.

Од наведените законски прописи е видно дека терминот патолошка бременост воопшто не се споменува, од што произлегува заклучокот дека патолошката или ризичната бременост не се третира и изедначува со бременост, односно отсуство од работа поради ризична бременост. Исто така произлегува заклучокот, дека работничката со ризична бременост, која морала да отсуствува од работа, да лежи заради состојбата во која се наоѓа со цел да го сочува плодот и да роди здраво дете со исплата на 70% паричен надоместок е оштетена за 30% од платата и втор пат е оштетена со намалена пензија, со оглед на тоа што пензиската основница ќе се определи согласно

³⁹ Исто, член 16.

⁴⁰ Член 17.

⁴¹ Правилник за содржината и начинот на остварување на правата обврските од задолжителното здравствено осигурување, „Сл. Весник на РМ“ бр.54/2012.

⁴² Утврдена со член 16 од Законот.

⁴³ Исто, член 85.

⁴⁴ „Сл. Весник на РМ“ бр. 98/2012 год., член 22.

⁴⁵ Исто, член 25.

придонесите за пензиско и инвалидско осигурување платени според висината на надоместокот.

Имајќи ги предвид изнесените законски одредби особено одредбите на Уставот на РСМ,⁴⁶ според кој Републиката посебно ги заштитува мајчинството, децата и малолетните деца, неразбирливо е работничката во услови на бременост да се третира различно и надоместокот на плата што треба да го добие по тој основ да зависи од тоа дали отсуството од работа поради бременост ќе започне 45 дена пред породувањето (за да се исплати 100%) или ако е порано заради проблеми со бременоста и одржување на плодот да се исплати 70% надоместок, односно работничката да се третира како болна.

Ова и заради тоа што, според лекарите-гинеколози во случај и на најмал процент на ризик за плодот, лекарот не смее да и одбри на бремената жена да оди на работа, а третирањето на бремената жена со ризична бременост и пациент болен од друга болест, не е исто. Се поставува прашањето дали се намалуваат правата на жената во случајот со намален паричен надоместок за ризична бременост, особено и заради актуелната политика на зголемување на наталитетот во државата, кога младите брачни парови се стимулираат на создавање поголемо семејство, семејство со три и повеќе деца, а со важечката законска регулатива, се намалува висината на паричниот надоместок за отсуството од работа на бремената жена.⁴⁷

Во правните акти се констатира и друга спротивност во однос на отсуството од работа заради бременост, мајчинство и родителство.

Имено, во правото е предвидено ако работничка роди мртво дете или ако детето умре пред истекот на отсуството поради бременост, раѓање и родителство има право да го продолжи отсуството за време колку што според наодот на лекар е потребно да закрепне од раѓањето и од психичката состојба предизвикана со губењето на детето, а најмалку 45 дена, за кое време и припаѓаат сите права врз основа на отсуство за бременост, раѓање и родителство.⁴⁸

Оттука се поставува прашањето дали не треба да се превенира состојба од ризик да не се изгуби плодот односно да се одржи бременоста или пак да и се признава на бремената жена право на продолжување на отсуството заради закрепнување од состојбата поради губење на детето?

И ако во случај на бременост даден е рок истата да започне 45 дена пред породувањето и во тој случај работничката добива 100% надоместок, во вториот случај се предвидува право да се продолжи отсуството според наод на лекар, а најмалку 45 дена.

Со оглед на изнесеното, би можело да се заклучи дека патолошката бременост не е болест и не може да се изедначи со ни една друга болест, туку е состојба на бремена жена која заради ризикот на плодот има потреба од отсуство од работа и не би требало да биде оштетена со намален паричен надоместок од 100% (за бременост, раѓање и мајчинство) на 70%, а со тоа да биде оштетена и со намалена пензија.

⁴⁶ Член 42.

⁴⁷ http://ombudsman.mk/MK/mislenja_i_sugestii.aspx, посетено на 05.06.2019.

⁴⁸ Закон за работните односи, член 168.

4. Заклучок

Во последниов половина век, заштитата на мајчинството бележи напредок во законодавствата на земјите, еволуција во практиката на работното место и зголемени општествени очекувања во врска со правата на вработените жени за време на периодот на мајчинство. Сепак, досега регистрираните придобивки не успеале да забележат напредок во поглед на основниот проблем што го доживуваат вработените жени во одреден момент во нивниот професионален живот: нееднаков третман во вработувањето при нивната репродуктивна улога.

Може да се заклучи дека пристапот на Судот на правдата кон ова прашање е под влијание на националните законодавства во областа на социјалната заштита. Оттаму, само од земјите-членки може да се очекува да се променат одредбите од Директивата 92/85 / ЕЕЗ кои се однесуваат на исплата на целосна плата или правото на соодветен надоместок за време на бременост и породилно отсуство. Може да се забележи дека Директивата 92/85 / ЕЕС не се однесува директно на прашањето за плаќање на работничка која е отсутна за време на нејзината бременост од причина на болест која произлегува од бременоста. Според ова, се чини дека, Судот на правдата може да развие поголеми стандарди на заштита во оваа област, иако правото на ЕУ не бара исплата на целосна плата.

Речиси и да нема законодавство кое ја уредува привремената спреченост за работа во предпородилниот период. Ваквата состојба е изедначена со привремената спреченост од работа заради секоја друга болест, каде што во споредба со надоместокот за време на породилно отсуство, овој надоместок најчесто е понизок. Иако во неколку земји исплатата на овие надоместоци е поврзана (финансирана од истата организација за социјално осигурување), во поголемиот дел од случаите, надоместоците за породилно отсуство се поголеми од надоместоците за привремена спреченост за работа поради болест, или пак се исти. На пример во Грција, вработените со пократок период на социјално осигурување, или во период меѓу 100 и 200 дена во изминатите две години, не се квалификуваат за надоместок за породилно отсуство, но можат да земат надоместок за привремена спреченост од работа поради болест.⁴⁹

Како и да е, според наше мислење бремените жени и оние кои се на отсуство поради патолошка бременост треба да добијат целосна исплата или еквивалентен надоместок. Друго е прашањето кога бремените жени се отсутни од работа поради здравствени причини кои не се последица на бременоста. Со ова се потврдува дека соодветно решение за справување со бремените жени во ваква ситуација е само посебен пристап за заштита.

Во РСМ неопходно е да се преземат сите мерки и дејства со цел сериозно да се анализираат постојните законски решенија, да се имаат предвид искуствата и мислењата на стручни лица од оваа област во однос на бременоста, односно ризичната/патолошка бременост и да се постигне целта на Уставот, Законот за здравствено осигурување и Законот за работните односи за заштита на жената работничка за време на бременост, односно заштита на мајчинството, без притоа да се доведе во нееднаква положба при остварувањето на ова право. Посебно треба да се

⁴⁹ Aumayr-Pintar, C., Cabrita, J., Fric, K., Torres-Reventa, Y., „*Maternity leave provisions in the EU member states: duration and allowances*“, European foundation for the improvement of living and working conditions, Publications office of the European union, Luxembourg, 2015, стр. 11.

разгледа квалификациониот услов од минимум 6 месеци стаж на осигурување, предвиден во Законот за здравствено осигурување, како период кој ги дисквалификува сезонските работнички во уживање на право на надоместок на плата за време на привремена спреченост за работа поради болест и повреда и за време на отсуство од работа поради бременост, раѓање и мајчинство.

Литература

- Aumayr-Pintar, C., Cabrita, J., Fric, K., Torres-Revenga, Y., „*Maternity leave provisions in the EU member states: duration and allowances*“, European foundation for the improvement of living and working conditions, Publications office of the European union, Luxembourg, 2015.
- Barnard, C., „*The Principle of Equality in the Community Context*“, Grant, P., Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows, Cambridge Law Journal, 57 (2), 1998.
- Беловски, В., Мајхошев, А., *Трудово право*, учебник, УГД, Штип, 2017.
- Вотсон, Ф., *Социјално право и ЗРО на ЕУ – Политика и практика во проширена Европа*, Просветно дело, Скопје, 2009.
- „*Maternity and equivalent paternity benefits in cash*“, Reference year 2016, Frederic De Wispelaere, Jozef Pacolet & Liesbeth Op de Beeck HIVA–KU Leuven, October 2017.
- „*Maternity at work: a review of national legislation*“, International Labour Office, Conditions of Work and Employment Branch, Second edition, Geneva: ILO, 2010.
- Mandel H., M. Semyonov., „*A Welfare State Paradox: State Interventions and Womens Employment Opportunities in 22 Countries*“, American Journal of Sociology, Tel Aviv University, 2006.
- Maliszewska-Nienartowicz, J., „*Pregnancy Discrimination in the European Union Law Its Legal Character and the Scope of Pregnant Women Protection*“, Mediterranean Journal of Social Sciences MCSER Publishing Rome-Italy, Vol 4 No 9, October 2013.

Правни акти

- Европска повелба за правата на пациентите, Брисел, 15 ноември 2002.
- Закон за здравствено осигурување, Интерен пречистен текст (Сл. Весник на РМ бр. 65/2012, 16/2013 и 91/2013).
- Закон за работни односи, (Сл. Весник на РМ бр. 62/05).
- Закон за работни односи, пречистен текст (Сл. Весник на РМ бр.16/10).
- Закон за придонеси од задолжително социјално осигурување, (Сл. Весник на РМ бр. 142/08 и Одлука на Уставен суд У.бр.233/2008 „Сл. Весник на РМ бр 62/2009, 64/09, 156/2009, 166/2010 53/2011, 185/2011,44/2012 и Одлука на Уставен суд У бр. 157/2011 од 14.11.2012 год., Сл. Весник на РМ бр. 150/29.11.2012 год., 15/2013, 91/28.06.2013, 170/06.12.2013, 97/26.06.2014 год., 113/29.07.2014, 180/05.12.2014, 188/2014, 20/12.02.2015, 48/25.03.2015 год., 129/2015, 217/2015 и 190 од 17.10.2016 год.).
- Правилник за содржината и начинот на остварување на правата обврските од задолжителното здравствено осигурување, (Сл. Весник на РМ бр.54/2012).
- Устав на Република Северна Македонија, Точка 1 на Амандманот IV со која се заменува Преамбулата од Уставот на РСМ.

Интернет линкови

<http://ombudsman.mk/upload/documents/2013/Mislenje%20za%20Patoloshka%20bremenost%2027.02.2013%20Mkd.pdf>

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/presentation/wcms_146168.pdf

https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008009/lang-en/index.htm

https://www.caf.fr/sites/default/files/cnaf/Documents/international/fiches%20pays/Compil%20fiches%20pays%20pays%20UE_01%202018_English.pdf

<http://waba.org.my/v3/wp-content/uploads/2018/08/2-Key-Elements-of-Maternity-Protection-at-Work.pdf>

https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1525en.pdf

STALKING – THE CHALLENGES OF NEW INCRIMINATION

Darko Dimovski

Associate Professor

Faculty of Law, University of Nis

E-mail: darko@prafak.ni.ac.rs

Milica Stanković,

LL.M., Judge Assistant

Appellate Court of Nis

E-mail: milica.stankovic@ni.ap.sud.rs

Miomira Kostić

Professor

Faculty of Law, University of Nis

E-mail: kosticm@prafak.ni.ac.rs

Abstract

In recent years, the increasing attention of scientific and expert public are attracted cases of stalking. Amendments to the Criminal Code which came into effect on 01 June 2017 (Republic Serbia, Official Gazette“ No 94/16) for the first time includes the criminal act of stalking in Republic of Serbia legislation, in its Article 138a. Stalking has been included in Chapter XIV, within the group of criminal acts against citizens rights and freedoms. With this act, Republic of Serbia has joined the family of those European countries which apply Article 34 of the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, to incriminate such deliberate behaviour, where repeated threats made to another person cause that person's fear for their safety. The authors in the paper will give analysis of the legal text from two aspects: legal – criminal and criminological. In the next part of this article, the authors will analyse bearing stalking and family violence in terms of the Code on the prevention of domestic violence. Finally, the authors discuss the inadequacy of this legislation and the need for further legislative intervention in this area.

Key words: *stalking, crime, Criminal Code, incrimination.*

1. Introduction

Stalking in general, at the same time considered the old and the new phenomenon. Literature, art, movies, news records, comic books, television programs and songs have shown that the incidence of stalking was part of the society than two thousand years ago to the present. Acts

like Dante's Purgatory, Dickinson dark houses, as well as films like *Play Misty for Me*, *Fatal Attraction* or *Prohibited photos* show patterns of behavior that are considered stalking.¹ Mythology Greece and Rome is full of the story of the deities that were different from one another initiative followed, persecuted and harassed. More Justinian Institutions prescribes that the criminal follow a married woman, boy or girl². However, as a criminal phenomenon of modern times, stalking is recognized only after murder of actress Rebecca Schaeffer, 1989 in California. Rebecca was three years persecuted by his murderer³. During the same year, occurred five murders which preceded the stalking. These unfortunate events have caused a lot of public attention to the criminalization of stalking, with the aim of preventing serious forms of violence. Given the fact that the legislators were on a completely new territory, the original text of the offense⁴ was changed several times. After the last update in 1998⁵, Californian solution is now considered one of the most complete and best formulated criminalization of stalking in the United States. After California, within three years, all US states and the District of Columbia, included stalking in their criminal legislation. Follows Canada in 1993, Kvinslend 1994, followed by other Australian state. European countries have introduced the stalking of the criminal law a decade later. This is justified by the view that general terms, such as criminal, force and threats, in combination with the existing legal provisions are sufficient to ensure adequate protection of such behaviors. An exhaustive research on this subject shows that in 2007, just eight EU countries have specific legal norm which defines this phenomenon as prohibited. These are Austria, Belgium, Denmark, Germany, Ireland, Malta, the Netherlands and the United Kingdom.⁶ Analysis showed significant differences in legislative solutions in these countries, both in relation to enforcement action, the intent of the perpetrator and the potential penalty.⁷⁸ Nevertheless by 2010, these countries have joined the Czech Republic, Hungary, Italy and Luxembourg. The adoption of the Convention on Preventing and Combating Violence against women and Domestic violence by the Council of Europe on 11 May 2011 in Istanbul⁹, has significantly increased the number of European countries that adopt national laws criminalize stalking as a criminal offense. In addition to the EU member states, of which 21 now regulates this issue in criminal matters, and other European countries, signatories to the Convention, such as Montenegro, Serbia, Bosnia and Herzegovina, have included in their criminal substantive legislation the crime of stalking.

¹ Ristanović Nikolić V.; Lepojić Kovačević I., *Porganjanje: pojam, karakteristike i društveni odgovori*, Temida br. 4, Viktimološko društvo Srbije, Beograd, 2007, p. 3.

² Sanders, T.C., *The Institutes of Justinian*, Longamus, Green and Co, London, 1865, p. 26.

³ Robert Bardo sent a lot of letters Rebecca Schaeffer, that are not contained threats of violence The idea of how to approach her received from an article about an obsessive stalker who tried to kill the actress Theresa Saldana. Bardo hired a private detective, to discover where Rebekah lived, and soon killed, firing guns on the doorstep of her house, <https://abcnews.go.com/2020/video/rebecca-schaeffer-murdered-home-stalker-part-62368621>, Accessed 29 May 2019.

⁴ Art. 646.9 of the California Penal Code from 1991.

⁵ Art. 646.9 (a) of the California Penal Code from 1998.

⁶ Modena Group of Stalking, *Protecting women from the new crime of stalking: A comparison of legislative approaches within the European Union*, University of Moderna and Reggio Emilia, Moderna, 2007, p. 123.

⁷ Van der Aa, S, *New trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States*, Tilburg University, Tilburg 2017, p 111.

⁸Ibid.

⁹ Convention on Preventing and Combating Violence against women and Domestic Violence, URL= <https://www.humanrights.ch/en/standards/ce-treaties/violence-against-women/>, Accessed 29 May 2019.

2. Definition

The term stalking originates from the English word meaning stalk, to sneak, chase, pursue. Although, originally used to refer to prosecute animals and hunting in which the hunter follows, stalking and eventually kills the animal.¹⁰ The late twentieth and early twenty-first century begins to be used in the sense of stalking of human beings¹¹. In his book criminologist Nicol believes that the stalking of metaphorical expression used to refer to systemic harassment in terms of the behavior of a person who pursues a different person, like a hunter waits patiently and tendentious prosecute animal they planned to kill or use for food or clothing. Stalking is defined as "mode of behavior directed to a particular individual which includes the repetition of the method of providing a visual or physical proximity, communication without consent or verbal, written or implied threats, or a combination of those processes, that would cause the basic fear in other persons".¹²

The Legal Dictionary, is defined stalking as a criminal behavior consisting in the repetition of tracking and stalking another person. For example, sending flowers, writing love letters, taken as an independent not constitute criminal behavior. However when these procedures are under taken with the intention of the other person to cause fear or harm, then representing the behavior of the criminal.

The complex nature of the stalking, it makes it difficult to precisely define. One definition defines it "as an act by which a person consciously and persistently followed, harassed or threatened by another person.¹³ Another group of authors defines it "unusual or long-term pattern of behavior that consists of making threats or harassment directed towards a particular person".¹⁴ Stalking will exist when "person follow and often tries to make contact with another person who is the subject of her obsessive thoughts".¹⁵ Stalking is a "euphemism for the phenomenon that occurs when a person of love and/or a sex motive constantly monitored and harassed another person".¹⁶ Also, interesting is the following definition "it is one or more of a set of actions that are repeated in are directed towards a specific person (ie. the target) that person experiences as unwanted and cause fear and insecurity".¹⁷As we can see, there is still no single definition of stalking.

3. Differences in the criminalization of stalking

The national legislation which prescribes stalking as a crime observed numerous differences. We will consider some common characteristics in the legal definition. Most of the

¹⁰ Van der Aa, S, *Stalking in the Netherlands. Nature and Prevalence of the Problem and the Effestive od Anti-Stalking Measures*, Makly, Antwerpen, 2010, p. 23.

¹¹ Ristanović Nikolić *et al.*, *op cit.*, note 2, p. 4.

¹² Reid, Sue T., *Crime and criminology*, New York. 2005, p. 221.

¹³ Fremouw W.J.; Westrup D. Pennypacker J.; *Stalking on Campus: the Prevalence and Strategies for coping with Stalking*, 42J. Clinical SCI, 1997, p. 661.

¹⁴ Zona M.; Sharma K.; Lane J., *A comparative study of erotomaniac and obsessional subjects in a forensic sample*, Journal of Forensic Sciences, 38, 1993, p. 896.

¹⁵ Guleke J.; Sorrel T., *Violation of privacy and law: the case of stalking, Ethic and Philosophy*, 2016 (4), Warwick, The University of Warwick, p. 41.

¹⁶ Royakkers L., *The Dutch Approach to Stalking Laws*, Berkeley Journal of Criminal Law Vol (3), Iss (1), 2000, p. 36.

¹⁷ Westrup D., *Applying Functional Analysis to Stalking Behavior*, The Psychology of Stalking, Clinical and Forensic Perspective, 1998, p. 271.

countries that have criminalized this offense gave him adequate terminological determinant – stalking. Croatian lawmaker calls it *intrusive behavior*¹⁸. However, the country's by way of Ireland, Malta and England defended the view that the actions that constitute this offense can be attributed to the criminal offense of harassment. There is no doubt that harassment as a general concept that incorporates and stalking, but these terms are not synonymous. Owens well noted that stalking has serious connotations of harassment. In practice, victims of stalking are often left unprotected because the crime of stalking in most countries there is only, if the victim told the subjective element in the form of fear of violence. The basic harassment is often some form of threats of violence, as with the stalking doesn't have to be the case. The stalking is in itself violence, psychological pressure, fear of all present stalkers whose perfidious idea is almost impossible to legally established. Hence it is not surprising that foreign media called "*the most out of control time of our time*."¹⁹

Stalking is a crime that doesn't make a single action. Most countries in the legal definition of this crime prescribe action that "repeats" or "continuous", "rebellious" or going "over a longer period of time". However, legislative solutions do not even give approximate answers to the question of how many times the action must be repeated, not even what is considered a longer time period. Some authors suggest that the actions constitute the crime of stalking must be repeated at least twice a week for at least six months.²⁰ Moulin et al argue that stalking consists of at least ten separate actions attempt to establish communication with the victim for a period of at least four weeks²¹. The answer to this question is best appreciated on a case-by-case basis, in the context of the circumstances of the case and relationships of the offender and the victim. Also, legislative solutions countries differ in the technique of prescribing the acts of stalking. Some countries have chosen a true indication of possible enforcement actions, according to the principle of *lex certa*, while others have preferred a general definition and enforcement actions are listed as examples. The first method is justified by the need to protect the principle of legality and legal certainty. On the other hand, many authors point out that the stalkers are very creative in finding ways to avoid the blame in a situation where the act of limited. This is particularly limiting prosecution pursuers in the case of the use of new technologies, which contribute to the development of new tactics of stalking. Countries in which the need for legal certainty prevailed in relation to the need for flexibility are Austria, the Czech Republic, Romania, Spain, Sweden, Slovenia and Malta.²²

The question of whether the victim's side there must be a subjective feeling of fear for the safety, anxiety, agitation or anxiety, that there was stalking, is still controversial among authors. There are those that believe that the sense of fear in the victim is the basic element of stalking. Without this element, certain behavior could qualify as harassment, but not as a stalking. The basic concept of stalking is the experience of the person who is the object of unwanted attention, that this behavior is disturbing and that is fear.²³ On the other hand, many authors believe that prescribing fear of the victim as an element of the offense, a significant number of victims would remain unprotected. In a survey of 1430 respondents who considered

¹⁸ Art 140 Croatian Criminal Code, Official Gazzete No 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18.

¹⁹ Owens, J. G., Why definition matter: *Stalking victimization in the United States*, Journal of Interpersonal Violence, 31 (12), 2016, p. 2220.

²⁰ Royakkers L., *op.cit*, note 4, p. 40.

²¹ Mullen, P., Pathe, M., Purcell, R., *Stalkers and their Victims*, Cambridge University Press, London, 2000, p. 167.

²² *Ibid*.

²³ Owens., *op. cit*, note 2, p 2220.

themselves the victims of stalking, only 36% said that they experienced subjective feelings of fear. Over 60% of respondents did not meet the legal criteria for the victims, because they did not feel fear.²⁴ In some jurisdictions introduced the concept of "reasonable person" as a criterion. Thus, the victim does not have to prove that he has experienced fear, anxiety or any other consequence of stalking. It is sufficient for the court to assess, on the basis of all the circumstances of the offense, to anxiety and fear exist in the view of "reasonable, rational person."²⁵

Most countries in addition to the basic form of this criminal act, prescribes more severe form. Aggravating circumstances related to the victim and some of its features (child, pregnant women, helpless person) or relating to the relationship that exists or existed between the victim and the stalker (marriage, partnership, guardianship). For example, Hungarian law goes further and envisages stricter punishment if the offender threatens the privacy of other more important people, or causes him distress, abuse of a relationship of trust, authority or influence it has in relation to the victim. When it comes to the prosecution of the perpetrator of this crime, in most countries is taken at the proposal of the victim, although there are solutions where the prosecution ex officio in the case of a qualified form²⁶. On the other hand, German criminal law provides that the public prosecutor can initiate criminal proceedings ex officio in the case of a basic form, if required by the public interest²⁷. In Croatia, the prosecution ex officio is taken only in cases where the victim is a child²⁸.

4. Stalking in Criminal Code of the Republic of Serbia

The Criminal Code of the Republic of Serbia to the amendments in 2016 did not contain specific criminalization of stalking, and is in search of similar crime jurisprudence persecution cases prosecuted under the crime of endangering security.²⁹ Today, in our criminal legislation in the group of criminal offenses against the freedom and rights of man and citizen provided the stalking.³⁰ Object protection of stalking is the personal freedom of man. But in a broader sense, it is also the private life of the individual, namely the right to respect it. Privacy encompasses countless aspects of human life and without it you can't imagine the free development of man. Everything concerning personal health, philosophical, moral, religious beliefs, family life, friendships and other social relationships, belongs to private life.³¹

The stalking has the basic shape and two qualified forms. The act of committing basic offense of stalking consists in taking one of several alternative anticipated activity in art. 138a. Criminal Code of Serbia, during a period of time, as follows: 1) monitoring an unauthenticated another person or taking other action for the purpose of physical approach to that person, contrary to his will; 2) contrary to the will of another person attempt to establish contact with it directly, or through a third party through the means of communication; 3) abuse of personal data of another person or a person close to him like offering goods or services; 4)

²⁴ Tjaden, P., Thoennes, N., *Stalking in America: Finding from the nationale violence against women survey*, National Institute of Justice, Washington, DC, 1998, p. 143.

²⁵ Ibid.

²⁶ Tjaden et al, op. cit., p. 146.

²⁷ Art 138 Criminal Code of the Federeal Republic of Germany, 1971, amended 2013.

²⁸ Art 140 Croatian Criminal Code, Official Gazzete No 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18.

²⁹ Art 138 Criminal Code of Republic of Serbia, Official Gazzete No 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

³⁰ Art 138a Law on Amendments to the Criminal Code of the Republic of Serbia, Official Gazette 94/2016

³¹ Cohen – Jonathan, G., *Respect for Private and Family Life, The European System for the Protection of the Rights*, Kluwer, 1993, p 356.

the threat of an attack on life and limb or liberty of another person or a person close to him; taking similar actions in a way that can significantly threaten the personal life of the person against whom action is taken. We can conclude that there is broad incrimination set and can relate to many situations, however, among other things, the monitoring of certain people through social networks, and against her / his will. Of course, it is necessary to do so for the purpose of physical to a certain person. Thus, the existence of the crime will not be enough just to follow certain people on social networks (for example, by sending a request for friendship on different profiles, etc.), it is necessary to prove that the target was a natural convergence of the person (for example, search for its address of mutual friends on network, information about her workplace, lifestyle, etc ...).

Another aspect of expanding these charges, refers to the second point of the basic form, in the case when the person over a certain time period contrary to the will of another person attempts to contact with them, directly or through a third party or communication means. So, here it is necessary to insist (with aggressive persistence) to establish contact with a person who does not want, and to do so within a certain period of time. It is assumed that in this relation, often report a person who persistently send messages through social networks to people who do not respond to them and so on.

The third point is provided for the punishment of persons who during a specified period of time abusing the personal data of another person or a person close to him like offering goods or services. So this part of the offender data you have about a specific person uses against his will, and the intention of achieving a potential material benefits. This example can be persistently and aggressively sending emails containing offers of a particular product to a person who is on your social network presented the possible need for such products (sports supplements offer the person using the gym for example.). On social networks, these data can be exploited in various ways, and it will be interesting to see how it will be set according to this jurisprudence. The remaining two points in this paragraph refer to threats, as well as all other similar actions which may significantly jeopardize the personal life of the person against whom undertaken. Significantly compromise or influence the personal life of the victim may involve her fear or anxiety resulting from persecution, which is why they say changes or closes their accounts on social networks, avoid visiting certain places and so on.

The existence of the basic shape will not be sufficient only one thus taken action. It is necessary to do so in a certain time interval, on / in a certain sense an aggressive manner or so that it can affect the life of victim. The prescribed punishment for the crime of stalking is a fine or imprisonment of up to three years. Eligible forms of this criminal offense relating to the consequences of actions that stalking can produce. Both will be sentenced to three to five years to punish the offender, if stalking causes danger to life, health or body of persons to whom it was committed or person close to him. The most severe form of this criminal act, for which a prison sentence of one to ten years, refers to the occurrence of death of the victim. In our criminal law system criminal prosecution for the crime of stalking is undertaken by the public prosecutor and criminal proceedings are initiated ex officio.

5. Law on prevention of domestic violence and stalking

Interestingly information that drew the attention of the authors is that in most cases, stalking preceded by a personal, emotional (romantic) relationship between the victim and stalker.³² Here are particularly important cases of domestic violence, especially when it comes to partner violence. According to research by the US National Center for Victims of Crime, which was conducted on 8,000 women and 8,000 men aged eighteen years, each of the twelve women, each of forty-five men at least once in my life have been the victims of stalking. In 2001, the UK was carried out extensive research on interpersonal violence in a sample of 22,463 men and women, calendar age of 16 to 59 years. Under interpersonal violence covers situations of domestic violence, sexual assault and stalking. Over a period of twelve months preceding the interviewing, 13% of women and 9% of the men surveyed were exposed to some form of interpersonal violence. Of the total number of respondents, 8% of women and 6% of men were exposed to stalking.³³

In the Republic of Serbia adopted the Law on the Prevention of Domestic Violence³⁴, which represents a systematic approach to a social problem of partner violence. This law is to be applied to cooperation in preventing domestic violence in criminal proceedings, including the stalking (art. 138a, Criminal Code). This collaboration means that each state authority (police administration, basic and higher public prosecutor's office, basic and higher court) and social institutions (social work center) appoint persons designated for the connection to daily exchange information and data relevant to the prevention of stalking, detection, prosecution and trial of offenses provided for by the law and to provide protection and support to victims of persecution. Too, this law provides for the establishment and for the Group coordination and cooperation of which consists of representatives of the above-mentioned governmental agencies and institutions, as well as representatives of the Help and Support victims and witnesses. The group considers the case of stalking that is not terminated by a final decision in the civil and criminal procedure, as well as cases when you need to provide protection and support to victims of stalking and develops an individual plan of protecting and supporting victims.

Conclusion

Stalking is a multidimensional social problem that is defined through its individual manifestations and their etiology. The Republic of Serbia has made a significant step when it criminalized the stalking, and thus under took a legislative measure to the fulfillment of the obligations assumed by the ratification of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic violence to take legislative and other measures to ensure protection from persecution. The stalking has drawbacks that the practice will provide answers. The first question that analyzing the provisions of the law appears is that it is a "certain period of time" in which it is necessary to take action of stalking, and that all activities undertaken by the offender can be subsumed under the term "other similar acts.". The recommendation is that the authors are now required following the application of legal solutions or ways of prosecuting criminal offenses of harassment, with the aim of finding

³² Konstantinović Vilić S.; Ristanović Nikolić V.; Kostić M, *Kriminologija*, Pravni fakultet Niš, Niš, 2009, p.155.

³³ Walby, S.; Allen J., Domestic violence, sexual assault nad stalking: *Finding from the British Crime Survey Home Office Research Study 276, March 2004*, URL= www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs04/hors276.pdf, Accessed 5 June 2019.

³⁴ Law on the Prevention of Domestic Violence, Official Gazzete No 94/2016.

adequate instrument response to stalking, all in order to examine the possibility of passing a special law on stalking. Particular attention must be paid to the protection and support needed victim of stalking, for which the authors considers that in this moment with such legislative solutions insufficiently regulated.

REFERENCES

- Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, <https://www.humanrights.ch/en/standards/ce-treaties/violence-against-women/>, Accessed 29 May 2019.
- Criminal Code of Republic of Serbia, Official Gazzete No 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.
- Criminal Code of the Federal Republic of Germany, 1971, amended 2013.
- Croatian Criminal Code, Official Gazzete No 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18.
- Fremouw W.J., Westrup D. Pennypacker J., *Stalking on Campus: the Prevalence and Strategies for Coping with Stalking*, 42J. Clinical SCI, 1997, pp. 660-666.
- Guleke J., and Sorrel T., *Violation of privacy and law: the case of stalking, Ethic and Philosophy*, 2016 (4), Warwick, The University of Warwick, pp. 32-60.
- Konstantinović Vilić S.; Ristanović Nikolić V.; Kostić M, *Kriminoogija*, Pravni fakultet Niš, Niš, 2009.
- Law on the Prevention of Domestic Violence, Official Gazzete No 94/2016.
- Modena Group of Stalking, Protecting women from the new crime of stalking: A comparison of legislative approaches within the European Union, University of Moderna and Reggio Emilia, Moderna, 2007, pp. 100-123.
- Mullen, P.; Pathe, M.; Purcell, R., *Stalkers and their Victims*, Cambridge University Press, London, 2000, pp. 164-173.
- Murder of Rebecca Schaeffer – reiew URL= <https://abcnews.go.com/2020/video/rebecca-schaeffer-murdered-home-stalker-part-62368621>, Accessed 29 May 2019.
- Owens, J. G., Why definition matter: *Stalking victimization in the United States*, Journal of Interpersonal Violence, 31 (12), 2016, pp. 2196-2226.
- Reid, Sue T., *Crime and criminology*, New York. 2005.
- Ristanović Nikolić V., Lepojić Kovčević I., Porganjanje: pojam, karakteristike i društveni odgovori, Temida br. 4, Viktimiološko društvo Srbije, 2007. Beograd, pp. 3-12.
- Tjaden, P.; Thoennes, N., *Stalking in America: Finding from the nationale violencea against women survey*, Washington, DC: National Institute of Justice, 1998, pp. 131-147.
- Van der Aa, S, *New trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States*, Tilburg University, Tiloburg 2017, pp. 96-116.
- Van der Aa, S, *Stalking in the Netherlands. Nature and Prevalence of the Problem and the Effestive of Anti-Stalking Measures*, Makly, Antwerpen, 2010.
- Walby, S.;Allen J., Domestic violence, sexual assault nad stalking: *Finding from the British Crime Survey Home Office Research Study 276, March 2004*, URL= www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs04/hors276.pdf-, Accessed 5 June 2019.
- Wesstrup D., *Applying Functional Analysis to Stalking Behavior, The Psychology of Stalking, Clinical and Forensic Perspective*, 1998, pp. 267-276.
- Zona M.; Sharma K.; Lane J., *A comparative study of erotomaniac and obsessional subjects in a forensic sample*, Journal of Forensic Sciences, 38, 1993, pp. 894-903.

УЛОГАТА И ЗНАЧЕЊЕТО НА ДРЖАВНОТО ПРАВОБРАНИТЕЛСТВО ВО МАКЕДОНСКИОТ ПРАВОСУДЕН СИСТЕМ II ДЕЛ

Димитар Апасиев

Доцент, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ Штип,
E-mail:dimitar.apasiev@ugd.edu.mk

Апстракт

Овој труд настана во рамки на едногодишниот научно-истражувачки проект: Улогата и значењето на Државното правобранителство во правосудниот систем на Република Македонија, финансиран од страна на Фондот за научно-истражувачка работа на Државниот универзитет „Гоце Делчев“ – Штип. Тој е дел од една замислена поголема монографија посветена на овој специфичен орган во нашиот правен поредок, која ја работиме заедно со моите колеги од Катедрата за граѓанско правно на Правниот факултет при УГД. Во првиот дел, користејќи го правно-историскиот и нормативниот метод, опфатена е легислативната уреденост на оваа специфична институција во правниот систем на нашата земја, уште во периодот по Втората светска војна, кога Македонија беше дел од СФР Југославија – разгледувајќи го нејзиниот еволутивен пат низ сојузните и републичките закони. Потоа се разработува правниот статус и улогата на Јавното/Државното правобранителство во правосудниот систем на Република Македонија, согласно своевременно актуелната регулатива, која важела низ текот на годините. Во продолжение се разгледува правната природа на Државното правобранителство, како учесник во судската парнична постапка, па се продолжува со опис на внатрешната организациска структура на правобранителството, како државен орган *sui generis*. Во овој втор дел, опфатени се условите за именување и разрешување од функцијата државен правобранител; за да во последната глава се даде подетелен преглед на неговиот делокруг на работа – односно, на надлежностите и овластувањата кои ги има Државното правобранителство *vis-à-vis* неговите процесни диспозиции. Во план е и изготвување труд со компаративно-правен осврт на уреденоста на овој орган во правните системи на околните земји, а посебно меѓу земјите од екс-ју просторот.

Клучни зборови: *Јавно правобранителство, државен правобранител, Југославија, законски надлежности, имотно-правни односи.*

THE ROLE AND SIGNIFICANCE OF THE STATE ATTORNEY'S OFFICE IN THE MACEDONIAN JUSTICE SYSTEM – II

Dimitar Apasiev

Assistant professor, University Goce Delcev Stip, Faculty of law

E-mail:dimitar.apasiev@ugd.edu.mk

Abstract

The state is constantly a party in a civil procedure in which the State Attorney is the legal representative of the state and undertakes legal measures and uses legal instruments in front of courts and other competent bodies, for the purpose of realization of property rights and interests of the state, its organs and organizations, as well as other legal persons. A solid base founded organization of the State Attorneys' Office as well as the proper regulation of the material and legal position of the SAO is a "conditio sine qua non" for efficient and quality protection of the states' property and property interests. This is especially true for transition countries, like Republic of Macedonia itself, where individuals - with the purpose to gain property rights on property that once was social property and then transformed to state property - are using the weaknesses of the overall legal system, gaps in legal regulations, the division of responsibilities and so on. One of the main ideas to research is to reach findings and conclusions to what extent the State Attorney is the appropriate mechanism to prevent such intentions and at what level are the possibilities of the State Attorney in terms of its function to provide adequate protection of the property interests of the state. The answer to these questions alone should answer the question whether there is a need for reorganization, strengthening the role and increasing the quality of work of the State Attorney of the Republic of Macedonia. This paper has special significance because it is an institution that in our country, according to the findings of the research team of this project, has not been researched on scientific level and represents a neglected segment in the entire justice system.

Key words: Public/State Attorney, Yugoslavia, statute, competencies, property issues.

V. Услови за именување и разрешување од функцијата Државен правобранител

1. Услови за именување на Јавниот правобранител

а) Законските услови за оваа функција во бивша Југославија

1. Во поглед на законските **услови за избор** на функцијата Јавен правобранител, првиот сојузен *Закон за јавно правобранителство на Федеративна Народна Република Југославија* [Сл. лист на ФНРЈ - 24/1952] не содржи никакви подетални одредби. Но, веќе три години подоцна, со вториот сојузен *Закон за Јавното правобранителство на ФНР Југославија* [Сл. лист на ФНРЈ - 51/1955], се утврдуваат мошне строги и највисоки

критериуми за назначување на функцијата Сојузен јавен правобранител – поточно, се бара исполнување на истите услови од тогашниот Закон за судовите кои важат за избирање на врховен судија на сојузниот југословенски Врховен суд на ФНРЈ! За републички и покраински јавен правобранител се бараа условите кои важат за избор на судија во републичкиот Врховен суд; додека, пак, за областен и околински јавен правобранител се бара лицето да ги исполнува условите за судија на окружен суд.¹ Со последниот, трет по ред, сојузен *Основен закон за јавното правобранителство* [Сл. лист на СФРЈ - 15/1965] се утврдуваат подетални и не толку строги услови за именување на едно физичко лице на оваа јавна функција – и тоа: (1) да е југословенски државјанин; (2) да е дипломиран правник; (3) да има положено правосуден испит;² (4) да ги исполнува општите услови за засновање работен однос; и (5) пред стапувањето на должноста, да даде свечена изјава пред претседателот на Сојузната скупштина.³

2. Во републичките закони на Социјалистичка Република Македонија, кога Македонија сè уште била дел од СФР Југославија, не се утврдуваат подетално условите за именување на кандидатите за републички јавен правобранител. На пример, во *Законот за јавното правобранителство на СР Македонија* [Сл. весник на СРМ - 19/1966] се прецизира дека тој се избира со **ограничен мандат** за време од осум години, со право на повторно именување по истекот на тој временски период и дека, пред стапувањето на должноста, дава *свечена изјава* пред претседателот на Собранието на СРМ, а општинскиот и скопскиот градски јавен правобранител изјавата ја даваат пред претседателот на соодветното општинско собрание.⁴

Слични вакви одредби содржеше и новиот и последен социјалистички републички *Закон за јавното правобранителство на СРМ* [Сл. весник на СРМ - 9/1977 и 6/81, 46/82, 11/87, 10/90], но по петгодишно важење – со неговите измени и дополнувања од 1982 година – мандатот на јавните правобранители е преполовен, од осум на четири години, со прецизирање дека истото лице може да биде избрано на оваа функција најмногу два пати едноподруго (ограничено *право на реизбор*).⁵ Овој закон, покрај нормирањето на свечената изјава, дополнително содржи и одредби за **инкомпатибилност** на функцијата јавен правобранител, односно дека вршењето на оваа функција е неспојлива со: делегат во собранието кое што го именувало; член на Извршен совет; или со вршење на друга служба или работа, чија листа на забранети дејности, т.е. професии ја утврдува републичкиот јавен правобранител.⁶

Во поглед на таксативно неброените **услови** за едно лице да може да биде именувано на оваа позиција, овој Закон повторно ги реобнови и наведе следниве: (1) да е државјанин на СФР Југославија; (2) да е дипломиран правник; (3) да има положено правосуден испит;⁷ (4) да има потребно работно искуство на правни работи; и (5) да

¹ Чл. 13 од ЗЈП на ФНРЈ (1955).

² Но, одредбите за правосудниот испит не се однесуваа на сојузниот и републичкиот јавен правобранител, што значи дека на оваа функција можеше да биде назначено и лице без положен правосуден испит.

³ Замениците на јавниот правобранител, пак, свечената изјава ја давале пред самиот сојузен јавен правобранител. Види: чл. 9 и чл. 33 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁴ Чл. 12–13 од ЗЈП на СРМ (1966).

⁵ Осумгодишниот мандат остана само за замениците на јавните правобранители. Види и чл. 1 од ЗИД ЗЈП на СРМ (1982), в.в. чл. 25, ст.5 од ЗЈП на СРМ (1977).

⁶ Чл. 26–27 од ЗЈП на СРМ (1977).

⁷ Одредбата за правосудниот испит не се однесуваше на републичкиот јавен правобранител – сп. чл. 24, ст.2 од ЗЈП на СРМ (1977).

поседува морално-политички квалитети за вршење на оваа одговорна државна функција.⁸

б) Законските услови за оваа функција во Република Македонија

3. Во првиот *Закон за јавното правобранителство на Република Македонија* [Сл. весник на РМ - 47/1997] донесен во независна Македонија, мандатот на јавниот правобранител се ограничува на четири години, со право на повторно именување.⁹ Но, **условите за именување** на јавен правобранител и негов заменик се значително заострени: (1) кандидатот да е државјанин на РМ; (2) да ги исполнува општите законски услови за засновање работен однос во државен орган; (3) да е дипломиран правник; (4) да има положено правосуден испит;¹⁰ (5) да ужива углед за вршење на јавно-правобранителската функција; (6) да биде истакнат правник; (7) да има работно искуство со потврдени резултати по положувањето на правосудниот испит, на правни работи над 12 години;¹¹ (8) да пројави интерес за вршење на оваа служба, односно да се пријави на конкурсот објавен од Владата на РМ, која го распишува по упразнувањето на одредено работно место.¹²

4. По десетгодишно важење, со новиот, последен и актуелен *Закон за државното правобранителство* [Сл. весник на РМ - 87/2007 и 104/15] **мандатот** на републичкиот државен правобранител е продолжен од четири на шест години, со право на реизбор; додека, пак, пониските државни правобранители се именуваат без временско ограничување на мандатот.¹³ Функцијата државен правобранител е *инкомпатибилна*, односно неспојлива со вршење на било која друга јавна функција или професија, а изрично е забрането политичкото организирање и дејствување во рамките на ДП.¹⁴

За државен правобранител може да се именува само физичко лице кое ги исполнува следниве **законски услови**: (1) да е македонски државјанин; (2) да е дипломиран правник; (3) да има положено правосуден испит; (4) да има работно искуство на правни работи од најмалку осум години по положувањето на правосудниот испит;¹⁵ (5) да ужива углед за вршење на функцијата; (6) уредно да се пријавил на објавениот владин оглас за именување државни правобранители; (7) по одлуката за избор, а пред стапување на функцијата, да даде *свечена изјава* пред премиерот, односно пред претседателот на Владата на РМ, која дословно гласи: „Изјавувам дека во својата работа ќе се придржувам кон Уставот и законите и дека ќе ги штитам имотните права и

⁸ Чл. 24, ст.2 од ЗЈП на СРМ (1977).

⁹ Чл. 19 од ЗЈП на РМ (1990).

¹⁰ За разлика од поранешна Југославија, сега овој законски услов важеше и за самиот републички јавен правобранител.

¹¹ За заменик јавен правобранител се бара вакво работно искуство од најмалку три години.

¹² Чл. 17 и чл. 18 од ЗЈП на РМ (1997).

¹³ Чл. 18 од ЗДП (2007).

¹⁴ Чл. 22 од ЗДП (2007).

¹⁵ Ова е само во случај на избор на републички Државен правобранител, додека пак за пониските државни правобранители се бара претходен работен стаж од петгодишно искуство.

интереси на Република Македонија и својата функција ќе ја извршувам совесно, одговорно и чесно“.¹⁶

2. Услови за разрешување на Јавниот правобранител

1. Во однос на законските услови за престанок функцијата јавен правобранител во бивша Југославија, во првиот повеен сојузен *Закон за јавното правобранителство на ФНРЈ* (1952) има само една одредба која вели дека сојузниот јавен правобранител го разрешува Владата на ФНРЈ, а републичкиот – владата на соодветната народна република, без притоа подетално да се прецизираат случаите и причините за разрешувањето.¹⁷ Слична ваква номотехника применува и следниот, втор по ред сојузен *Закон за јавното правобранителство на ФНРЈ* (1955), кој само попатно споменува дека сојузниот, републичкиот, покраинскиот и обласниот јавен правобранител ги разрешува соодветниот Извршен совет, додека пак околинскиот јавен правобранител – Народниот одбор на околинјата, на заедничка седница на двата одбора.¹⁸ Конечно, и последниот сојузен *Основен закон за јавното правобранителство* (1965) само принципиелно наведува дека сојузниот јавен правобранител го разрешува Сојузната скупштина, на предлог на Сојузниот извршен совет – без да навлегува во понатамошно дефинирање и поблиско законско определување на поединечните случаи.¹⁹

2. Во поглед, пак, на одредбите од посебните републички закони во бивша СФР Југославија кои се однесуваат на проблематиката за **разрешување од должноста** на веќе избраните јавни правобранители, можеме да заклучиме дека тие го следат истиот метод преземен од сојузните закони, односно дека само начелно одредуваат кој е надлежен за нивно отповикување, т.е. разрешување, без притоа да ги прецизираат условите за тоа. Па така, според *Законот за јавното правобранителство на СРМ* (1966) републичкиот јавен правобранител го разрешува Собранието на СРМ, на предлог од Извршниот совет; додека, пак, неговите заменици ги разрешува Извршниот совет, по предлог на самиот републички јавен правобранител. Понатаму, градскиот јавен правобранител го разрешува од должноста Собранието на град Скопје, а општинскиот – собранието на соодветната општина; додека, пак, нивните заменици, исто така, ги разрешуваат градското/општинското собрание – но, секогаш по предлог на самиот јавен правобранител, кој е незадоволен од нивната работа.²⁰

Републичкиот *Закон за јавното правобранителство на СРМ* (1977) е првиот посебен закон кој отстапува од дотогашното начелно регулирање на прашањето за

¹⁶ Огласот се објавува во најмалку две јавни гласила, од кои едното е на службен јазик различен од македонскиот кој го зборуваат најмалку 20% од граѓаните во РМ. При изборот, Владата на РМ ја има предвид соодветната и правична застапеност на граѓаните кои припаѓаат на сите етнички заедници во Македонија. Види: чл. 19–21 од ЗДП (2007).

¹⁷ Чл. 3, ст.2 од ЗЈП на ФНРЈ (1952).

¹⁸ Чл. 14 од ЗЈП на ФНРЈ (1955).

¹⁹ Чл. 32 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

²⁰ Чл. 10–11 од ЗЈП на СРМ (1966). Интересно е да се напомене дека во случаите кога имало зеднички општински јавен правобранител за две или повеќе општини, тој се сметал за именуван ако го именувале сите општински собранија консензуално; додека, пак, се сметал за разрешен доколку го разрешило макар и едно од општинските собранија.

разрешувањето на јавните правобранители, за прв пат воведувајќи подетални одредби за оваа проблематика. Па така, покрај генералната норма за тоа дека разрешувањето од должноста на републичкиот јавен правобранител е во надлежност на Собранието на СРМ, а на општинските јавни правобранители – во надлежност на општинските собранија,²¹ тој разликува и:

1) регуларен **престанок на функцијата**, по сила на закон, т.е. *ex lege* – кога на конкретен јавен правобранител ќе му истече мандатот, а тој нема да биде повторно реизбран на функцијата. Во овој случај тој има право на полугодишна или годишна т.н. апанажа, односно задржување на сите права по основ на трудот;²² и

2) предвремено, односно вонредно **разрешување од должноста**, пред истекот на времето за кое е именуван, и тоа во следниве девет таксативно наведени *законски случаи*: (а) ако самиот побарал да биде разрешен, односно популарно кажано доброволно си поднел неотповиклива „оставка на функцијата“;²³ (б) ако, по своја волја и согласност, биде избран или именуван на некоја друга должноста или јавна функција; (в) ако биде осуден за кривично дело на ефективна казна затвор во траење подолго од шест месеци или на поблага казна за дело што го прави недостоен за вршење на јавноправобранителската функција;²⁴ (г) ако се утврди дека извршил потешка повреда на должноста, т.е. на на угледот на функцијата која што ја врши; (д) ако се утврди дека не е стручно оспособен за вршење на функцијата, или дека подолго време неуредно ја врши должноста, или кога подолго време не постигнува задоволителни резултати во работењето; (е) ако се утврди дека неговото постапување е спротивно на политиката утврдена со општите акти на Собранието на соодветната општествено-политичка заедница; (е) ако се утврди дека не е морално-политички подобен за вршење на функцијата; (ж) ако се утврди дека трајно ја загубил работната способност; и (з) ако наполнил 40 години пензиски стаж за маж, односно 35 години стаж – за жена, поточно кога правобранителот навршил 65 години живот и 30 години стаж од осигурување [маж], т.е. 60 години старост и 25 години работен стаж [жена].²⁵

3. Со првиот *Закон за јавното правобранителство на РМ (1997)*, донесен по независноста на Р. Македонија, не се утврдија поблиски критериуми за разрешување на јавните правобранители и нивните заменици, освен што начелно се наведе дека нив од функцијата ги разрешува Владата на РМ.²⁶ Но, оваа ситуација драстично се промени со најновиот и сè уште актуелен *Закон за државното правобранителство (2007)* кој детално и во неколку члена ја регулира токму оваа проблематика, притоа правејќи дистинкција помеѓу:

²¹ Чл. 25 од ЗЈП на СРМ (1977).

²² Чл. 32 од ЗЈП на СРМ (1977).

²³ Во овој случај, Собранието кое што го назначило мора да донесе позитивна деклараторна одлука во рок од три месеци од денот на поднесување на барањето – во спротивно, постои правна претпоставка, т.е. законска презумпција дека со истекот на тој рок подносителот е разрешен од должноста *ex lege*. Види: чл. 30 од ЗЈП на СРМ (1977).

²⁴ Во овие случаи, до конечност и правосилност на пресудата, односно за време на процесот, конкретниот јавен правобранител против кој се води судската кривична постапка може да биде суспендиран од работа, т.е. привремено да му се забрани да ја врши должноста, од страна на органот кој го избрал. Види: чл. 31 од ЗЈП на СРМ (1977).

²⁵ Чл. 28 од ЗЈП на СРМ (1977) и чл. 1 од ЗИ ЗЈП (1981).

²⁶ Чл. 16 од ЗЈП на РМ (1997).

1) **престанок** на функцијата државен правобранител, при што Владата на РМ само декларативно го утврдува веќе настанатиот факт, и тоа во следниве шест таксативно наведени случаи – по принципот на „затворена листа“ [лат. *numerus clausus*]: (а) со смрт; (б) по сопствено барање; (в) поради исполнување на услови за стекнување право на старосна пензија; (г) ако се утврди дека трајно ја загубил способноста за вршење на функцијата; (д) ако е избран, односно именуван на друга функција, односно должност; и (ѓ) ако со правосилна пресуда е огласен за виновен и му е изречена ефективна казна затвор од најмалку шест месеца.²⁷

2) **разрешување** од должноста, поради: (а) нестручно и (б) несовесно вршење на правобранителската функција, при што конститутивна одлука во овие случаи донесува Владата на РМ, која што истата ја објавува во „Службен весник на РМ“, а незадоволната странка има право да поведе управен спор против неа до Управниот суд.²⁸

VI. Делокруг на работа – надлежностите и овластувањата на Државното правобранителство vis-à-vis процесните диспозиции

1. Според првиот сојузен *Закон за јавното правобранителство на ФНРЈ* (1952), тоа ги имало следниве **надлежности**:

- застапување на федерацијата, народните републики, автономните единици, околиците, градовите и општините, како и нивните установи во имотно-правните односи во кои тие стапуваат во правниот промет²⁹ како странки пред домашните судови во граѓанските предмети (парнични, вонпарнични и извршни), како и пред органите на државната управа;

- застапување на претходнопоменатите ентитети пред странски судови, органи или установи, доколку тоа е дозволено, поточно ако не е исклучено според внатрешните прописи на странската држава;³⁰

- поднесување жалба во управна постапка и започнување и водење управен спор во случаите кои се предвидени со закон, доколку во спорот е повреден законот во корист на одделно правно или физичко лице;

- застапување на тужените државни органи, како пасивно легитимирани странки во судска постапка, против чиј акт е поведен управен спор со тужба од страна на одделно физичко или правно лице кое е незадоволно од конкретниот акт, доколку така пропишал надлежниот министер за финансии;³¹

- давање мислења на државните органи и установи по прашањата во врска со договорите и другите имотно-правни односи во случаите за коишто мора да се бара нивно мислење според подзаконските прописи на сојузната влада;³²

- вршење и на други работи на застапување кои ќе им ги довери министерот за финансии, како и работи кои се предвидени во други прописи.

²⁷ Чл. 23 од ЗДП (2007).

²⁸ Чл. 24–26 од ЗДП (2007).

²⁹ За застапувањето на стопанските претпријатија во државна сопственост важеле други прописи. Види: чл. 1 од ЗЈП на ФНРЈ (1952).

³⁰ Чл. 10 од ЗЈП на ФНРЈ (1952).

³¹ Чл. 9 од ЗЈП на ФНРЈ (1952).

³² Чл. 7 од ЗЈП на ФНРЈ (1952).

Со вториот и подетален сојузен *Закон за јавното правобранителство на ФНРЈ (1955)*, овластувањата од **делокругот на работа** на правобранителството се определени на следниов начин:

- застапување на политичко-територијалните единици, установите што имаат својство на правно лице и се финансирани од буџетот, како и фондovите основани од страна на државните органи во поглед на нивните имотни права и интереси;³³

- судско застапување во процесната, извршната, кривичната и другите постапки пред редовните и стопанските судови;

- правно застапување во управна постапка и во управен спор, доколку во нив се решава за имотни прашања на наведените јавни ентитети;

- застапување во административно-казнената и дисциплинската постапка, заради остварување на имотно-правни барања на процесните субјекти кои по закон ги застапува;³⁴

- договорно застапување пред домашни или странски судови и други органи на јавни установи кои за тоа изречно ќе го овластат (т.е. ќе му издадат процесно полномошно);³⁵

- давање правни мислења во врска со договорите кои стопанските и општествените организации намераваат да ги склучат со приватните физички или правни лица (домашни или странски) – доколку овие организации го побараат тоа;³⁶

- барање определени известувања, податоци, информации или списи за конкретен предмет, доколку тие му се потребни за преземање правни дејствија за кои е овластен;³⁷

- право да биде навремено информиран и известен за започнување на постапка во сите случаи кога е засегнат или оштетен општонароден имот, како и непосредно да му биде извршена уредна достава на покани, пресуди, решенија, тужби или други поднесоци.³⁸

Процесните овластувања на јавниот правобранител во овој период биле групирани на овие категории правни дејствија:³⁹

- поднесување и примање тужби;

- вршење на сите останати процесни дејствија неопходни за водење на парничната постапка, вклучувајќи ги и оние што предизвикуваат противтужба, тужба за поништување, тужба за обновување и сл.;

- поднесување барања и предлози за поведување на други постапки (вонпроцесна, управна и др.), како и вршење на сите потребни дејствија во текот на иницираните постапки;

- преземање дејствија со кои се става крај на одредена постапка (склучување вонсудско или судско порамнување за предметот на спорот или за

³³ Чл. 1 од ЗЈП на ФНРЈ (1955).

³⁴ Чл. 2 од ЗЈП на ФНРЈ (1955).

³⁵ Чл. 4 и чл. 22, ст.2 од ЗЈП на ФНРЈ (1955).

³⁶ Чл. 6-7 и чл. 21 од ЗЈП на ФНРЈ (1955).

³⁷ Чл. 8, ст.1 од ЗЈП на ФНРЈ (1955).

³⁸ Чл. 8, ст.2-3; чл. 9 и чл. 19-20 од ЗЈП на ФНРЈ (1955).

³⁹ Чл. 22, ст.1 од ЗЈП на ФНРЈ (1955).

други побарувања; признавање на противничките барања; повлекување на тужбата; или, пак, откажување од тужбеното барање што го ставила странката која ја застапува);⁴⁰

- поднесување предлози за издавање на времени наредби („привремени мерки“ за обезбедување);

- да бара присилно извршување заради обезбедување на побарување или поради намирување, како можност и да ги презема сите соодветни дејствија што ќе се покажат како нужни и потребни во конкретната постапка;

- прием и наплата на досудените процесни трошоци од спротивната странка.

Со третиот, последен и најдетален сојузен *Основен закон за јавното правобранителство на СФРЈ* (1965), **ингеренциите** на правобранителството се определени на следниов начин:

- законско застапување на соодветната општествено-политичка или месна заедница, на државните органи, на фондовите што имаат својство на правно лице, на установите финансирани од буџетот, како и на организациите определени со закон – пред судовите и пред другите органи, преку преземање мерки и правни средства заради заштита на нивните имотни права и интереси во процесната, извршната, кривичната и другите судски постапки, како и во управната, прекршочната и дисциплинската постапка;⁴¹

- правно застапување пред странски судови, установи или други органи сите општествено-политички заедници, нивните органи и фондови;⁴²

- договорно застапување на државните органи кои немаат својство на правно лице, во управен спор, како и на определени работни организации пред југословенските судови – но, само доколку тие го овластат за тоа;⁴³

- преземање на потребните мерки заради спогодбено решавање на спорниот однос, пред поведување на процесот;⁴⁴

- следење и проучување на општествените односи во делокругот на својата дејност, како и на појавите од значење за правната заштита на општествениот имот;⁴⁵

- известување и давање предлози до собранијата и до другите органи и организации за своите забележувања, како и за другите важни прашања во врска со својата работа, кои се од значење за заштита на општествениот имот;⁴⁶

⁴⁰ Види и чл. 23 од ЗЈП на ФНРЈ (1955). Но, доколку станува збор за *поголема вредност на спорот* [пр. тогашни 200.000, 500.000 или 1.000.000 југословенски динари], јавниот правобранител е должен да бара претходна писмена согласност од соодветниот орган кој го застапува – но, без оглед на имањето или немањето на ваквата согласност/упатство, дејствието на правобранителот во предметот е полноважно.

⁴¹ Чл. 1 и чл. 12–13 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁴² Чл. 24 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁴³ Чл. 14–15 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁴⁴ Чл. 2 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁴⁵ Чл. 3, ст.1 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁴⁶ Чл. 3, ст.2 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

- укажување на правна помош, по потреба, на државните органи и организации во врска со прашања од својот делокруг на работа;⁴⁷

- давање друга стручна помош или правно мислење, на барање на државните органи, во врска со т.н. тендери, т.е. склучувањето имотно-правни договори со приватни лица (домашни или странски) или за други имотни прашања – особено заради отстранување на непотребно спорење;⁴⁸

- барање податоци и известувања потребни за преземање на дејствијата за кои е овластен, под страв од поведување дисциплинска или оштетна (регресна) постапка против одговорното лице кое, без оправдана причина, одбило да соработува со правобранителот;⁴⁹

- примање пријави и информации за штета нанесена врз општествен имот, по службена должност, од страна на судовите, јавните обвинителства, државните органи и работните организации;⁵⁰

- преземање на други дејствија за кои се посебно овластени, заради правна заштита на имотните права на општествените заедници, кои се пропишани со посебни закони;⁵¹

- организирање интерна статистичка служба во ЈП и водење грижа за собирање и средување на статистичките податоци за работата на правобранителството, како и за начинот на евидентирање на општествените односи и појави од доменот на неговиот интерес;⁵²

- професионална соработка со другите правосудни органи во прашањата од заеднички интерес за остварувањето на своите задачи, како и при решавањето на кадровските, материјалните и други прашања од значење за работата која ја обавува.⁵³

2. Со првиот и со вториот републички *Закон за јавното правобранителство* на СРМ (1966 и 1977), кога Македонија сè уште е во рамките на СФРЈ, горе-доле се регулираат истите овие законски надлежности на правобранителството, како што е опишано погоре, на сојузно ниво, но со малку поредуцирани одредби.⁵⁴ Но, по осамостојувањето на Република Македонија и носењето на првиот *Закон за јавното правобранителство на РМ* (1997), ситуацијата се искристализира – бидејќи веќе Македонија не беше дел од југословенската федерација. Па така, според овој закон, **надлежностите** на Јавното правобранителство на РМ беа оскудно и нецелосно регулирани, во мал број членови, посветени само на застапувањето на државата, а не и на општините – и тие, главно, се сведуваа на следново:

- преземање на законски определени мерки и правни средства заради правна заштита на имотните права и интереси на Републиката;⁵⁵

⁴⁷ Чл. 3, ст.3 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁴⁸ Чл. 20 и чл. 25 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁴⁹ Чл. 4 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁵⁰ Чл. 5 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁵¹ Чл. 21 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁵² Чл. 31 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁵³ Чл. 30 од ОЗЈП на СФРЈ (1965).

⁵⁴ Види ги посебно членовите 2 и 4–7 од ЗЈП на СРМ (1966); чл. 2–7 и чл. 9–21 од ЗЈП на СРМ (1977).

⁵⁵ Чл. 2 од ЗЈП на РМ (1997).

- застапување на Р. Македонија и нејзините органи пред судовите, другите органи и правни лица, како и пред странските судови и органи, во имотно-правните спорови со странски физички или правни лица;⁵⁶

- соработка со судовите, другите органи и правни лица по прашања од значење за остварување на неговата функција и по прашања од заеднички интерес, при што тие се должни да му доставуваат податоци заради правна заштита на имотните права на Републиката, како и да го известуваат за секој имотно-правен спор со домашни или странски, физички или правни лица;⁵⁷

- преземање претходни вонсудски дејствија заради спогодбено решавање на спорниот имотно-правен однос;⁵⁸

- вршење на други работи утврдени со закон, во рамките на своите овластувања.

Со актуелниов *Закон за државното правобранителство* (2007) неговото место и статус во правосудниот систем е дизајнирано преку следниве негови ингеренции, т.е. **надлежности**:

- преземање мерки и правни средства заради правна заштита на имотните права и интереси на Република Македонија;⁵⁹

- штитење на имотните права и интереси на Републиката и на државните органи основани со закон, пред судовите и другите органи (во земјата и странство) – преку преземање на неопходните процесни дејствија;⁶⁰

- соработка со други органи и лица, по прашања од значење за остварување на функцијата и по прашања од заеднички интерес – особено преку електронско поврзување со Агенцијата за катастар на недвижности, со цел прибавување и доставување службени податоци по електронски пат;⁶¹

- собирање релевантни податоци за потребите на конкретен предмет, при што органите на државната управа, како и сите правни и физички лица се должни на ДП да му доставуваат податоци, докази и информации заради правна заштита на имотните права и интереси на РМ во рок од пет работни дена;⁶²

- примање службени известувања од управните органи за секој имотно-правен спор, во кои се содржани податоци за странките, предметот и вредноста на спорот, правниот однос од кој настанал спорот и другите потребни информации, а задолжително се доставуваат и материјалните докази со кои тие располагаат;⁶³

- преземање потребни дејствија заради вонсудско порамнување, односно претходно спогодбено решавање на спорниот однос;⁶⁴

⁵⁶ Чл. 5, ст.1 од ЗЈП на РМ (1997).

⁵⁷ Чл. 8–10 од ЗЈП на РМ (1997).

⁵⁸ Чл. 11 од ЗЈП на РМ (1997).

⁵⁹ Чл. 2 од ЗДП (2007).

⁶⁰ Чл. 5 и чл. 10 од ЗДП (2007).

⁶¹ Чл. 13 од ЗДП (2007) и чл. 1–2 од ЗД ЗДП (2015).

⁶² Чл. 12 од ЗДП (2007).

⁶³ Чл. 14 од ЗДП (2007).

⁶⁴ Чл. 15, ст.3-6 од ЗДП (2007). Лицето кое ќе одлучи да поведе постапка против Република Македонија или против органите на државната управа може, првенствено, да се обрати до државниот правобранител на РМ и државните правобранители, заради правење обид за мирно, т.е. спогодбено решавање на имотно-правниот однос од кој произлегува настанатиот спор. Тие се должни да се произнесат по предлогот за спогодбено решавање во најкраток можен рок, но не подоцна од осум дена по

- известување на Владата на РМ за својата работа,⁶⁵ како и укажување за состојбата и недостатоците во законодавството, во внатрешното работење на правосудните или другите органи и, по потреба, давање соодветни предлози за измена на закони и подзаконски акти;⁶⁶

- вршење на други работи, утврдени со овој или со друг закон.

Во однос на постарите републички закони кои ја регулираа оваа материја, во последниов закон се забележуваат извесни промени во насока на централизација на овој државен орган – а **новините**, главно, се сведуваат на следново:

- функционерот кој раководи со органот на државната управа е должен да определи *лице* кое ќе го претставува органот и ќе соработува со Државното правобранителство и за тоа ќе го извести Државниот правобранител;⁶⁷

- по барање на ресорниот министер кој раководи со органот на државната управа чии интереси се штитат, или по предлог на државниот правобранител – за *спорови од особено значење* може да се определи лице кое задолжително ќе присуствува на судските рочишта, паралелно и покрај надлежните државни правобранители;⁶⁸

- во оправдани случаи, Државниот правобранител на РМ, по сопствена оценка, може да из земе државен правобранител на соодветното подрачје од постапување по конкретен предмет и истиот да го *довери* на друг државен правобранител (т.н. право на авокација);⁶⁹

- републичкиот правобранител исто така, по барање на државните правобранители или по службена должност, може да *из земе* државни правобранители од постапување по определен предмет од истите причини за кои може да биде изземен и судија;⁷⁰

- правобранителот, во случаи на преземање на *поважни процесни дејствија* со кои се окончува или обновува постапката,⁷¹ е должен да побара од органот што го застапува да се изјасни за натамошното застапување. Ако во рок од пет работни дена од добиеното барање органот на државната управа не се произнесе по предлогот на државниот правобранител, ќе се смета дека не се согласува со истиот. Во случај кога меѓу правобранителот и органот на државната управа што го застапува не се постигне

добивањето на согласност од органот кој го застапува. Но, доколку во рок од пет работни дена од денот на добивањето на известувањето на државниот правобранител дека одредено лице намерава да поведе спор, органот не се произнел – се смета дека не е прифатен предлогот доставен од лицето потенцијален тужител (т.н. презумирано одбивање).

⁶⁵ Постојат два типа извештаи: (1) *Редовен годишен извештај* – којшто особено содржи преглед на примени, решени, нерешени предмети и преглед на поднесени правни лекови и средства; (2) *Вонреден посебен извештај* – којшто се доставува по барање на Владата на РМ, а може да се однесува на генералното работење на ДП или, пак, на постапувањето по конкретен предмет/и.

⁶⁶ Чл. 34 од ЗДП (2007).

⁶⁷ Чл. 13, ст.2 од ЗДП (2007).

⁶⁸ Чл. 13, ст.3 од ЗДП (2007).

⁶⁹ Чл. 11, ст.1 од ЗДП (2007).

⁷⁰ Чл. 11, ст.2 од ЗДП (2007).

⁷¹ Тоа се следниве законски наведени ситуации – ако државниот правобранител оцени дека: (а) не треба да се поведе постапка пред суд или друг орган; или (б) треба да се повлече тужба; (в) да се откаже од тужбеното барање или од предлог за извршување; (г) да се признае барање на спротивната странка; (д) да се склучи порамнување; (ѓ) да се повлече веќе вложената жалба; (е) да се откаже/ одрече од правото на жалба; и (ж) да изјави вонредни правни лекови.

согласност за прашањата, Државниот правобранител ќе ја извести Владата на РМ и ќе побара таа да се произнесе;⁷²

- при вработувањето на државни службеници и други работници за вршење на стручно-административни работи ќе се применува *соодветна и правична застапеност на граѓаните* кои припаѓаат на сите етнички заедници во Република Македонија;⁷³

- покрај републичкиот буџет, средствата за работа и стручно усовршување на правобранителите, сега можат да се обезбедуваат и од „*други извори на финансирање*“, без понатамошно прецизирање какви се тие материјални извори;⁷⁴

- должност на сите вработени во ДП да постапуваат согласно со *Законот за слободен пристап до информациите од јавен карактер*, освен кога се работи за „*класифицирани информации утврдени со закон*“.⁷⁵

Резиме

Државата постојано се појавува како *fiscus*, односно како странка во судските постапки, во рамки на кои нејзините законски застапници – *државните правобранители*, преку разни инструменти и правни средства, треба да го штитат нејзиниот имот и имотните интереси. Како предуслов за квалитетна заштита на републичкиот имот се јавува добро поставената организација, материјалната и правната положба на правобранителската функција. Оваа потреба посебно доаѓа до израз во земјите кои минуваа низ системски транзициски промени, како што е Р. Македонија, каде одредени поединци – со цел да стекнат индивидуални сопственички права на имот кој некогаш бил општествен, па потоа државен – ги користат слабостите на целокупниот правен систем, пропустите во законските регулативи, поделбата на надлежности и сл. Една од основните идеи на ова истражување е да дојде до сознанија и заклучоци во која мера Државното правобранителство е соодветен механизам за спречување на ваквите интенции и на кое ниво се наоѓаат можностите на правобранителството во однос на својата функција да пружи соодветна правна заштита на имотните интереси на Републиката. Одговорот на овие прашања, сам по себе, треба да даде одговор и на прашањата дали постои потреба од реорганизација, јакнење на улогата и зголемување на квалитетот на работата на Државното правобранителство на РМ. Овој труд добива посебно значење затоа што се работи за материја која, во нашата држава, според сознанијата на тимот вклучени истражувачи, не е истражувана на научно ниво и претставува еден мошне запоставен сегмент во целокупниот наш правосуден систем.

⁷² Чл. 16 од ЗДП (2007).

⁷³ Чл. 30 од ЗДП (2007).

⁷⁴ Чл. 32 и чл. 29, ст.2 од ЗДП (2007).

⁷⁵ Чл. 33 од ЗДП (2007). Види ги и *Законот за слободен пристап до информациите од јавен карактер* (Сл. весник на РМ - 13/2006 и 86/08, 6/10, 42/14, 148/15, 55/16), како и *Законот за класифицирани информации* (Сл. весник на РМ - 9/2004 и 113/07, 145/10, 80/12, 41/14, 21/18).

Б и б л и о г р а ф и ј а

Книги и монографии

- Гушева, Снежана и Витларов Тодор. *Правосуден систем на Република Македонија*. Штип: Универзитет „Гоце Делчев“, Правен факултет, 2016.
- Јаневски, Арсен и Зороска - Камиловска Татјана. *Граѓанско процесно право – Книга прва: Парнично право*. Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, 2009.

Нормативни акти и прописи

- Закон за државното правобранителство* (Сл. весник на РМ - 87/2007 и 104/15).
- Законот за заштита на југословенскиот имот и имотните права и интереси во странство* (1946).
- Закон за јавното правобранителство* (Сл. лист на ФНРЈ - 24/1952).
- Закон за јавното правобранителство* (Сл. лист на ФНРЈ - 51/1955).
- Закон за јавното правобранителство* (Сл. весник на СРМ - 19/1966).
- Закон за јавното правобранителство* (Сл. весник на СРМ - 9/1977 и 6/81, 46/82, 11/87, 10/90).
- Закон за јавното правобранителство* (Сл. весник на РМ - 47/1997).
- Закон за парничната постапка* (Сл. весник на РМ - 79/2005 и 110/08, 83/09, 116/10, 7/11 ПТ, 124/15).
- Одлука на Уставниот суд на РМ – У. Бр. 121/10* (15.XII.2010).
- Основен закон за јавното правобранителство* (Сл. лист на СФРЈ - 15/1965).
- Тарифа за награди и надоместоци на трошоците за работа на адвокатите – Пречистен текст* (Сл. весник на РМ - 126/2016 и 11/17 ПТ).
- Устав на Народна Република Македонија* (1946).
- Устав на Република Македонија* (1991).
- Устав на Социјалистичка Република Македонија* (1963).
- Устав на Социјалистичка Република Македонија* (1974).
- Устав на Социјалистичка Федеративна Република Југославија* (1963).
- Устав на Социјалистичка Федеративна Република Југославија* (1974).
- Устав на Федеративна Народна Република Југославија* (1946).
- Уставен закон за спроведување на Уставот на РМ* (Сл. весник на РМ - 52/1991).

Интернет страници

- www.academia.edu
- www.drzavnopravobranitelstvo.gov.mk
- www.slvesnik.com.mk
- www.vlada.mk
- www.ugd.edu.mk
- www.ustavensud.mk

AMNESTY AND PARDON UNDER THE SLOVAK LAW AND THEIR UNIQUE STORY

Eduard Burda

Associate professor
Faculty of Law, Comenius University in Bratislava
E-mail: eduard.burda@flaw.uniba.sk

Lívia Trellová

Associate professor
Faculty of Law, Comenius University in Bratislava
E-mail: livia.trellova@flaw.uniba.sk

Lucia Smolková

Assistant professor
Faculty of Law, Comenius University in Bratislava
E-mail: lucia.smolkova@flaw.uniba.sk

Abstract

The article analyses a unique phenomenon in the Slovak society - amnesty that has been abolished nearly twenty years later after it was granted and this procedure was confirmed by the highest authority that oversees constitutionality - the Constitutional Court of the Slovak Republic. The authors focus on the analysis of this phenomenon from a comparative law perspective and from the perspective of national constitutional and criminal law. An interesting and sadly amusing case when the amnesty granted by the deputy president was abolished twenty years later is apparently unique worldwide. The uniqueness of this case lies in several aspects which deserve a more detailed legal analysis. There is a limited number of cases worldwide when amnesties were abolished but these cases have always concerned either an amnesty related to a war conflict genocide or an amnesty related to a mass destruction of people for political reasons. This was not the case in Slovakia.

In 1998, Vladimír Mečiar, holding the office of the prime minister and, at the same time, the deputy president, firstly granted amnesty in connection with the dismissal of the referendum on the direct election of the president and, in particular, in connection with the kidnapping of the son of the former President Michal Kováč. The case also featured an individual pardon granted by President Michal Kováč to his son on suspicion of economic crime. This is just the beginning of the story with very serious and far-reaching legal consequences.

Keywords: *amnesty, reprieve, criminal proceedings*

Introduction

“Amnesty is defined as collectively forgiving and commuting sentences and legal consequences of convicting judgements and the right to order not to commence criminal proceedings, and if such criminal proceedings have already been commenced, not to go ahead with them.”¹ “The purpose of pardon is to, in substantiated cases, rectify the sternness of the law caused by thorough and strict application of the Criminal Code by a competent court, where such sternness, given the specific life and health circumstances of the convicted person, may be of inadequate intensity.”² “Pardon means pardoning an individual whereas amnesty stands for general pardoning pertaining to an unspecified number of people... In terms of its form, we distinguish between abolition, remission and rehabilitation. Abolition means that the president orders not to commence criminal proceedings or not to go ahead with such proceedings. Remission means remitting or mitigating a sentence lawfully imposed by court in criminal proceedings, and by means of rehabilitation, the president expunges the effects of sentences imposed by courts.”³

“From a theoretical perspective, amnesty is the manifestation of the checks and balances system in the rule of law. Amnesty shall serve to ensure that mutual balance and checks exist between a judicial branch and an executive branch. It is claimed that the ideal of justice should be enforced in court proceedings. However, if a decision of court is considerably unjust (ergo, its approach towards the law was a rather formalistic one), the president has the power to rectify such state by means of amnesty or individual pardon.”⁴ It does not produce the effects directly but has to be executed by relevant bodies. Amnesty is a regulatory legal act through which the head of the state orders not to commence, or, if already commenced, to stop the criminal prosecution and through which the head of the state forgives, either partly or in its entirety, the final and conclusive sentence or expunges the conviction of offenders who meet certain requirements. This legal act applies to anonymous persons the number of which is determined by the extent of amnesty which is, by general rule, specified by the amount (term) of the sentence and its type, enumeration of the elements of crime, type of crimes committed, offender's age, etc. The specification of persons occurs once the amnesty is applied.⁵ If we view amnesty as being part of the checks and balances system, it has to be perceived as a possibility “to modify the effects and consequences of the terminated or pending criminal proceedings for the purpose of achieving the general good through social mercifulness, forgiveness or forgetting.”⁶ Its task shall not be interpreted as the one representing a component of the checks and balances system in a rule of law, which should be a part of the separation of powers preventing, the due exercise of judicial power. As far as amnesty is concerned, we could speak about the possibility of one branch of power interfering with the exercise of public power by another branch not contradicting the principle of the separation of powers. Amnesty should ensure that mutual balance and checks exist between the judicial and executive branch.

¹ Gerloch, A.; Hrebejk, J.; Zoubek, V., *Ústavní systém České republiky*, 5th edition, Aleš Čeněk, Plzeň, 2013, p. 179.

² Brösl, A. et al., *Ústavné právo Slovenskej republiky*, Aleš Čeněk, Plzeň, 2010, p. 283.

³ Krajčovič, M., *Teoreticko-právna úvaha k možnosti zrušenia amnestie v Slovenskej republike*, *Justičná revue*, Vol. 69, Issue No. 5, 2017, p. 692.

⁴ Krajčovič, *Teoreticko-právna...*, *op. cit.* note 3, p. 694 - 695.

⁵ Hencovská M., *Milosť a amnestia v československom právnom poriadku*, Institute of Law at the Ministry of Justice of SSR, Bratislava, 1986, p. 39.

⁶ Resolution of the Constitutional Court of the Czech Republic (file No. Pl. ÚS 4/2013).

Amnesty and pardon thus represent tools for solving any possible miscarriage of justice. Last but not least, amnesty and pardon should serve as an educational tool, supposing that they will have an educational impact on persons to whom amnesty or pardon is granted.”⁷

Amnesty and pardon have formed an absolutely common part of the body of laws of almost all countries around the world since time immemorial and the Slovak Republic is no exception. However, it had a peculiar historic experience with a number of amnesties by which its population had been shaken up both from the political and social perspective so significantly that the cases of these amnesties were reopened almost twenty years later and the amnesties were abolished. This is in fact a rather unusual case in the rule of law where the retroactivity to the detriment of persons is not allowed. Even if we compare this case to the cases occurring in other countries where amnesties were abolished, we arrive at the conclusion that this approach is unique worldwide.

1. Amnesties which struck Slovakia

At the end of the nineties, the Slovak Republic found itself in an escalated political conflict which was perceived by many as a battle for the state's character – whether it would retain its democratic nature or turn into dictatorship. This conflict was mainly visible through disputes between the then President Michal Kováč and the then Prime Minister Vladimír Mečiar. President Michal Kováč held a referendum which, *inter alia*, contained a question on whether the citizens demanded the direct election of the president by citizens. The government led by Vladimír Mečiar did not incorporate this question in the referendum; thus the referendum was *de facto* partly thwarted. Criminal proceedings were commenced against president's son in Germany on suspicion of economic crime. The then legal regulation did not allow extraditing state's own citizens for the purpose of criminal proceedings abroad. So one day, president's son, Michal Kováč Jr., was seized by unknown offenders, shoved into the boot and, a few hours later, found himself in a car parked outside a police station in Austria. And it was Prime Minister Vladimír Mečiar and the people around him who were blamed for this offense by many people. Whatever the truth, once President Michal Kováč's office was over, the parliament did not elect his successor and the right to grant amnesty was constitutionally temporarily assumed by Prime Minister Vladimír Mečiar (before that, though, Michal Kováč granted individual pardon to his son in connection with the above-mentioned economic crime) who granted two amnesties in the form of abolition.

The first abolition was granted by means of Decision of the Prime Minister of the Slovak Republic of 3rd March 1998 on Amnesty No. 55/1998 Coll. which stated in its Article 5: “*I order not to commence, and if already commenced, to stop the criminal prosecution for criminal offences committed in connection with the preparation and holding of referendum of 23rd and 24th May 1997.*” Article 6 further stated: “*I order not to commence, and if already commenced, to stop the criminal prosecution for criminal offences committed in connection with the abduction of Michal Kováč Jr.*”

The second abolition was granted by means of Decision of the Prime Minister of the Slovak Republic of 7th July 1998 on Amnesty No. 214/1998 Coll. which stated in its Article 1: “*I order not to commence, and if already commenced, to stop the criminal proceedings conducted on suspicion of criminal offences allegedly committed in connection with the*

⁷ Balog, B.; Tittlová, M.; Fakla, M, *Amnestie a milosti v právnom poriadku Slovenskej republiky*, Wolters Kluwer, Bratislava, 2019, p. 9.

preparation and holding of referendum of 23rd and 24th May 1997.” Article 2 further stated: “I order not to commence, and if already commenced, to stop the criminal proceedings for criminal offences allegedly committed in connection with the abduction of Ing. Michal Kováč, born on 5th December 1961, which allegedly occurred on 31st August 1995.”

These amnesties were also one of the reasons why Vladimír Mečiar, despite having won the elections in 1998, was unable to form a coalition government and the power was thus taken over by his opponents. New Slovak Prime Minister Mikuláš Dzurinda attempted to modify the decisions on amnesties by means of Decision of the Prime Minister of the Slovak Republic of 8th December 1998 No. 375/1998 Coll. on Amnesty the only Article of which read as follows: “Article V and Article VI of the Decision on Amnesty of 3rd March 1998 published under No. 55/1998 Coll. and Article I and Article II of the Decision on Amnesty of 7th July 1998 published under No. 214/1998 Coll. shall be deleted.”

This subsequent abolition of Mečiar amnesties by Mikuláš Dzurinda was later reviewed by the Constitutional Court of the Slovak Republic which stated in its Resolution (file No.: I. ÚS 30/1999) of 28th June 1999: “The right to grant amnesty enjoyed by the president does not also entail the right to modify the decision on amnesty already published in the Collection of Laws of the Slovak Republic.”

Thus in 1999, the requirement for legal certainty and the impossibility of retroactivity to the detriment of potential criminal offenders, constituting the immanent parts of the body of laws in democratic states governed by the rule of law, prevailed in the Constitutional Court of the SR in the case of the abolition of amnesties. This infamous story at least contributed to the fact that the following amendment to the Constitution of the SR cancelled the possibility to grant amnesty in the form of abolition and from that moment on, for other amnesties to be valid, it was required that these, in addition to the decision of the president, be also countersigned by the prime minister or a minister authorised by him/her.

The issue of Mečiar amnesties traumatised the public life regularly in the following twenty years. There were even attempts to cancel them by means of a constitutional Act but such attempts were always politically unsuccessful with the legal justification based on the requirement for legal certainty and the prohibition of retroactivity until one beautiful day ...

2. How were Mečiar amnesties actually abolished?

The era of Mečiar left the Slovak population rather traumatized irrespective of the fact who he was loved or hated by. As long as Slovakia is a democratic state governed by the rule of law, Vladimír Mečiar will hardly ever see any exalting law which would officially give him any credit for contributing to the formation of the separate Slovak Republic (which, from the historical perspective, actually happened). It is mainly caused by the fact that his office is infamously connected to the era when anything was possible in Slovakia – uncontrolled privatization, misappropriation of public funds, significant unemployment, political warfare far beyond any good manners, abuse of power – namely the thwarted referendum and the suspicion of cooperating with the organised crime (or contributing to its formation). However, it shall be noted that neither Mečiar's opponents avoided many of these maladies during their office. In any case, the society was heavily polarised. One group hated Mečiar for the above-mentioned reasons, another group hated him simply because of the fact that the life philosophy of some people is based on hatred, and one group loved him uncritically which is why these people have been facing subsequent hatred or contempt by his opponents up to this day. That

is why the society is still traumatised by Mečiar era and everybody who perceived these events with any slight interest in them suffers from such trauma.

It is hard to say if it had existed sooner but definitely ever since the Mečiar era, there has been a great polarisation in opinions at the back of the mind of the Slovak society (or maybe the society is very well aware of it given the fact that such awareness is intentionally nourished) – on the one hand, it is an extreme hatred against unpopular politicians and, on the other hand, an uncritical defence of popular politicians, no matter what they say or do. Given the fact that these emotions, life philosophies and political strategies were mostly formed in the Mečiar era (and a great part of the society has still not come to terms with this era), it is understandable that the society longs for the clarification of some high-profile cases occurring in the Mečiar era and the potential punishment of offenders. The petition for the abolition of Mečiar amnesties was signed by approximately 67 000 citizens of the Slovak Republic which is very decent in a country where a referendum is held very often and only the most important one (about the accession of the SR to the EU) was successful (even though by a narrow margin). On the other hand, this figure only stands for 1.2% of the citizens. What does the rest think? Do they actually care? Do they agree with the petition but forgot to sign it? Are they Mečiar's supporters who are disgusted with the development? Do they perceive this issue as something which the history only should deal with and which should stop further traumatising and polarising the society which, as it seems, lives in hatred and off hatred?

Is it only an interesting coincidence, development or a well thought-out game? The recent popular premiere of the movie “Kidnap” which is supposedly based on the events related to Mečiar amnesties and therefore can sometimes distort the truth when it finds it suitable. Challenge for the Slovak jurisprudence personalities. Re-birth of the issue with strong politicians. It is useless to speculate about potential conspiracies – the issue has been reborn and needs to be addressed. It is true that at the time of economic prosperity and constant decline in the unemployment rate, this issue may also represent a political salvation of the opposition. On the other hand, a great social pressure to abolish amnesties has been created, whether artificially by the media or realistically, in people's viewing of this issue and any opposition to it would be a mere suicide for any political party (irrespective of any potential legal opinions on the impossibility to abolish amnesties). The abolition of Mečiar amnesties thus became a reality.

2.1. Constitutional Act and abolition of amnesties

In 2017, the government understood increasing social trends demanding the abolition of Mečiar amnesties and despite the fact that some of its members refused to abolish them in the past, they realised in 2017 that Mečiar amnesties still burden the Slovak society (and actually them as well as long as they keep refusing their abolition).

Consequently, the National Council of the Slovak Republic (parliament) adopted the Constitutional Act No. 71/2017 Coll. of 30th March 2017 amending and supplementing the Constitution of the Slovak Republic No. 460/1992 Coll. as subsequently amended laying down the constitutional prerequisite for the abolition of amnesties. Pursuant to Article 86(i) of the Constitution of the SR, the powers of the National Council of the Slovak Republic shall also include the power “*to decide about the cancellation of a decision made by the president pursuant to Art. 102(1)(j)*” (granting amnesty and individual pardon) “*if such decision is contrary to the principles of a democratic state governed by the rule of law; the adopted*

resolution is generally binding and declared in the same way as an Act.” Due to the fact that this legal regulation was a new one, and to avoid any doubt that it shall also apply to Mečiar amnesties, a new indisputable retroactive provision was inserted into Art. 154f(1) of the Constitution of the SR and it reads as follows: *“The provisions contained in Art. 86(i), Art. 88a and Article 129a shall also apply to Article V and Article VI of the Decision of the Prime Minister of the Slovak Republic of 3rd March 1998 on Amnesty published under No. 55/1998 Coll., Decision of the Prime Minister of the Slovak Republic of 7th July 1998 on Amnesty published under No. 214/1998 Coll. and Decision of the President of the Slovak Republic in the Proceedings on Individual Pardon of 12th December 1997 (proceedings No. 3573/96-72-2417.)”*

Subsequently, on 5th April 2017, the National Council of the Slovak Republic passed resolution No. 74/2017 Coll. on the Cancellation of Article V and Article VI of Decision of the Prime Minister of the Slovak Republic of 3rd March 1998 on Amnesty published under No. 55/1998 Coll., Decision of the Prime Minister of the Slovak Republic of 7th July 1998 on Amnesty published under No. 214/1998 Coll. and the Decision of the President of the Slovak Republic in the Proceedings on Individual Pardon of 12th December 1997 (proceedings No. 3573/96-72-2417).

2.2. Constitutional court and abolition of amnesties

It was very clear to everyone from the very beginning that this legally controversial issue, which the abolition of amnesty definitely is, will be brought before the Constitutional Court of the SR. Therefore, in order to avoid the prolongation of this process and ever greater legal uncertainty, the National Council of the Slovak Republic introduced a very interesting “safeguard” in Art. 129a in the above-mentioned amendment to the Constitution of the SR: *“The Constitutional Court decides about the compliance of the resolution of the National Council of the Slovak Republic on the abolition of amnesty or individual pardon adopted pursuant to Art. 86(i) with the Constitution of the Slovak Republic. The Constitutional Court commences the proceedings on merit pursuant to the first sentence without a motion; Art. 125 shall apply mutatis mutandis.”* Unless the Constitutional Court makes a decision within the period of 60 days, the resolution becomes unchangeable after the lapse of this period.

The political incumbents thus very cleverly “passed the buck” of abolishing the amnesties to the Constitutional Court of the SR. Many actually did not believe that the Constitutional Court would make a decision but the contrary was the case.

The finding of the Constitutional Court of the SR (PL. ÚS 7/2017-159) thus read as follows: *“The resolution of the National Council of the Slovak Republic No. 570 of 5th April 2017 on the cancellation of Article V and Article VI of Decision of the Prime Minister of the Slovak Republic of 3rd March 1998 on Amnesty published under No. 55/1998 Coll., Decision of the Prime Minister of the Slovak Republic of 7th July 1998 on Amnesty published under No. 214/1998 Coll. and Decision of the President of the Slovak Republic in Proceedings on Individual Pardon for the Accused of 12th December 1997 (File No. 3573/96-72-2417) IS in compliance with the Constitution of the Slovak Republic.”*⁸

The Constitutional Court relied mainly on the following reasons:

⁸ The finding of the Constitutional Court of the SR (PL. ÚS 7/2017-159), p. 1 and 2.

- 1) the amnesties were of a political nature; furthermore, they amounted to the so called self-amnesties,⁹
- 2) the conduct constituted the abuse of powers,¹⁰
- 3) the so called “material approach” towards the protection of constitutionality advocates the abolition of these amnesties (the “formal approach” may not take precedence over the “material approach”),¹¹
- 4) no decision of a constitutional body (including the decision on amnesty or individual pardon) may in principle be constitutionally unreviewable (in terms of whether it complies with (is not contrary to) the fundamental constitutional principles being the constituting values which are inviolable and protected and respected by a democratic state governed by the rule of law) in a democratic state governed by the rule of law,¹²
- 5) the punishability of pardoned offense does not cease to exist upon the abolition; it only constitutes a procedural impediment for the criminal proceedings and ceases to exist when amnesty or individual pardon is cancelled.¹³

How should this decision be viewed? Can it be viewed as a political or ideological one? The Constitutional Court itself was apparently aware of its controversial and ground-breaking nature since it stated in its finding: *“Undoubtedly, as far as the question of constitutional acceptability of the abolition of Mečiar amnesties and the decision of President Michal Kováč on granting individual pardon are concerned, there were arguments for and against, the ratio and significance of which are up to each judge. The Constitutional Court, in its particular composition and within a particular historic time, was given a task to make a decision within 60 days on the constitutional acceptability of the reviewed resolution of the National Council and it made such decision to the best of the knowledge and belief of its judges. This does not preclude the fact that different opinions may exist on some issues subject to these proceedings.”*¹⁴

3. Abolition of Mečiar amnesties from criminal law perspective

As far as the criminal law is concerned, the abolition of amnesties entails the necessity to deal with two issues.

The first issue lies in the potential statute-barring of criminal prosecution – if a long period of time elapsed between the offence and the abolition of amnesties and such a long period of time generally results in the impossibility of commencing criminal proceedings. *“The lapse of this period leads to the extinction of criminal liability for the committed criminal offence. Our law treats the statute-barring as being of a substantive law nature which is apparently correct given the fact that the reasons for statute-barring are also of a substantive law nature”*¹⁵ (this is true despite the misleading term “statute-barring of criminal prosecution”

⁹ For more information, refer to PL. ÚS 7/2017-159, p. 86 through 88.

¹⁰ For more information, refer to PL. ÚS 7/2017-159, p. 88 through 90.

¹¹ For more information, refer to PL. ÚS 7/2017-159, p. 91 through 93.

¹² For more information, refer to PL. ÚS 7/2017-159, p. 121.

¹³ For more information, refer to PL. ÚS 7/2017-159, p. 135.

¹⁴ The finding of the Constitutional Court of the SR (PL. ÚS 7/2017-159), p. 155 and 156.

¹⁵ Šámal, P. et al., *Trestní právo hmotné*, 8th edition, Wolters Kluwer ČR, Prague, 2016, p. 289.

because the wording of Section 87(1) of the currently applicable Criminal Code and Section 67(1) of the previously applicable Criminal Code uses the term “extinction of punishability”).

The currently applicable Criminal Code (Act No. 300/2005 Coll. Criminal Code as subsequently amended) and even its predecessor (Act No. 140/1961 Coll. Criminal Code as subsequently amended), which was applicable at the time the offences pardoned via Mečiar amnesties were committed, set out (the currently applicable Criminal Code in its Section 87(2)(a), its predecessor in its Section 67(2)(a)) that the limitation period does not include the period in which the criminal offender could not be brought before the court for a statutory impediment. Amnesties undoubtedly also represent such a statutory impediment because they count for a legal reason arising from statute. Therefore, the statute-barring of criminal prosecution does not have any impact on the pardoned criminal offences.

It results from the aforesaid that a part of the sentence following the semi-colon in Article 154f(2)(b) of the Constitution of the SR supplemented via the Constitutional Act No. 71/2017 Coll. (“*the time during which these statutory impediments last shall not be included in the limitation periods pertaining to the offences to which the amnesties and individual pardons referred to in subsection 1 are related*”) is absolutely obsolete and totally superfluous. However, it shall be stressed that if the predecessor of the current Criminal Code, which was applicable at the time the relevant offences were committed, had not contained the provisions of Section 67(2)(a), neither the Constitutional Act would have been of use and the criminal prosecution (punishability) would have been statute-barred. Neither the Constitution may retroactively extend punishability conditions to the detriment of criminal offenders. If it was then theoretically legal and legitimate to abolish amnesties, it would be out of the question to breach the fundamental principle of criminal law – legality principle – by extending punishability conditions. On the one hand, we speak about the cancellation of a statutory impediment to make a passage for the justice, but on the other hand, the extension of punishability is rather serious – breaking this principle would mean that anyone could be criminally prosecuted in the future also for an offence which does not meet the punishability conditions at the time when it is committed. However, this problem could be merely of a theoretical nature in the case of Mečiar amnesties.

The second questionable issue concerns the cases of offences for which the criminal proceedings were conducted but, due to amnesty or individual pardon, the criminal prosecution was finally terminated against particular prosecuted persons under Section 9(1)(e) of Act No. 301/2005 Coll. Code of Criminal Procedure as subsequently amended (hereinafter referred to as the “CCP”): “*Criminal prosecution may not be commenced and, if already commenced, it shall not go ahead and shall be terminated if conducted against a person whose previous prosecution for the same offence resulted in a final and conclusive court sentence, or it was lawfully terminated or conditionally suspended and the accused proved himself, or conciliation has been reached and the criminal prosecution was terminated unless such decision was declared null and void in a prescribed manner.*”

In this case, one should proceed to retrial under Section 393 *et seq.* of the Code of Criminal Procedure. The retrial is admissible only on the condition that new, previously unknown, facts or evidence have been discovered (Section 394(1) through (3) of the CCP) or if it has been discovered via a final and conclusive judgement that a police officer or a prosecutor, judge or an assessor committed a criminal offence by breaching their duty in the original proceedings (Section 394(5) of the CCP). It is questionable whether the abolition of amnesty could fall within the aforementioned since it represents the change in a legal status,

not a new fact. It is at least disputable, though, whether a new legal fact – the abolition of amnesties – may be subsumed under the term “new facts” for the purpose of retrial.

Anyway, the provisions contained in Section 394(4) of the CCP expressly state that the term “new facts” also includes some legal facts, namely the decision of the European Court of Human Rights according to which the fundamental human rights or freedoms of the accused were breached by the decision of a prosecutor or a court of the Slovak Republic or in the preceding proceedings provided that the negative implications of this decision may not be rectified otherwise.

From the legal perspective, the best solution would consist in the term-specifying amendment to the provisions on the admissibility of retrial – retrial should also be admissible in the case of emergence of new legal facts or expressly in the case of the abolition of amnesties. Such decision should have been made before any action was taken against the offences pardoned by Mečiar amnesties. Otherwise, we give to those potentially accused arguments for challenging the given procedure legally.

Naturally, it is very probable that the persons against whom charges would repeatedly be brought on the basis of the abolition of amnesties would bring their case before the European Court of Human Rights. They could argue that apart from the breach of constitutional law rules, the issue is also quite problematic from the criminal law perspective. However, the criminal proceedings conducted in these cases have not produced any conclusions yet.

4. Abolition of amnesties around the world and innovative approach applied in solving the abolition of Mečiar amnesties

The abolition of Mečiar amnesties is unprecedented and legally unique in the world. It does not mean, though, that there have never been any amnesties abolished anywhere in the world. There have only been amnesties abolished in the cases of war conflict genocides or amnesties related to the mass extermination of persons for political reasons (which, with all due respect, really cannot be compared to a short-lasting kidnap ending in front of a police station in the bordering state governed by the rule of law so that charges would be brought against the relevant person for committing a criminal offence and any attempts for such comparison must only end up with a sad smile).

Well-known cases concerning the abolition of amnesties include: ¹⁶

- 1) Decision of the Supreme Court of Chile of 7th November 2004 abolishing amnesties granted for criminal offences against life and limb and personal freedom committed during the period of the military dictatorship in the years 1973 – 1989.¹⁷

¹⁶ The author would like to thank JUDr. Ján Kováčik, a full-time PhD student at the Faculty of Law at Comenius University in Bratislava teaching at the Department of International Law and International Relations, for looking up the cases concerning the abolition of amnesty around the world and preparing a short summary of them.

¹⁷ For more information go to e.g.: Jeffery, R., *Amnesties, Accountability, and Human Rights*, 2014. URL=<https://www.jstor.org/stable/j.ct6wr9f8>. Accessed 10 July 2019.

2) Decision of the Supreme Court of Argentina of 14th July 2005 abolishing amnesties granted to the military dictatorship officers during the so called Dirty War in 1976 – 1983 for criminal offences against humanity.¹⁸

3) Decision of the Supreme Court of El Salvador of 13th July 2016 abolishing amnesty granted to offenders for criminal offences against humanity committed during the civil war.¹⁹

The possibility to abolish amnesty, provided that it is abolished due to the contravention with fundamental human rights (intentional killing of civilians, grievous bodily harm) was also confirmed by the European Court of Human Rights in its judgement of 27th May 2014 in *Marguš v. Croatia* case²⁰ where the decision of the Croatian Supreme Court did not abolish amnesties but stated that the General Amnesty Act does not apply to this case because Mr Fred Marguš acted “excessively” i.e. he did not act in connection with the pardoned military aggression.²¹ Hence the Croatian case cannot be used as an argument for legal abolition of amnesties.

There was also an unsuccessful attempt in the United States of America to abolish the individual pardon granted by President Gerald Ford to former President Richard Nixon in connection with the Watergate scandal.

The above-mentioned amnesties which were abolished have two significant features in common. Firstly, they were granted for offences committed during a civil war or military dictatorship. Secondly, they were granted for offences against humanity which affected a substantial number of persons in a way that they were either killed or sustained a substantial bodily harm or were deprived of liberty and exposed to cruel and inhuman treatment (e.g. in Salvador, among other things, the entire village was shot out with a heavy machine gun). That was the reason why these amnesties were eventually abolished – offences for which they were granted were so hideous and affected so many persons that the interest in the punishment of offenders was greater than the interest in complying with the principles of the rule of law, interest in the stability of legal order and prohibition of retroactivity. However, Mečiar amnesties are linked to a period in which the Slovak Republic, despite certain internal difficulties manifested also in the extent of its international acceptance, was a democratic state governed by the rule of law (even though certain political declarations claim the opposite); (despite certain inappropriate action taken by state bodies bearing way too much resemblance to the abuse of power of a public official – we believe that Mečiar amnesties as such correspond to the elements of the criminal offence of the abuse of power of a public official) and the pardoned offences only affected a small number of people, without the infliction of any death.

¹⁸ For more information go to e.g.: *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights*, 2019. URL=http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf. Accessed 10 July 2019.

¹⁹ For more information go to e.g.: *Sentencia n° 44-2013AC de Sala de Lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 13 de Julio de 2016*, 2016. URL=<http://sv.vlex.com/vid/648247501>. Accessed 10 July 2019.

²⁰ *Marguš v Croatia (GC), no. 4455/10, judgement of 27 May 2014 (extracts)*, Reports of Judgements and Decisions, European Court of Human Rights, vol. 2014-III, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2016, p. 62. URL= https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2014-III.pdf. Accessed 10 July 2019.

²¹ *Marguš v Croatia (GC), no. 4455/10, judgement of 27 May 2014 (extracts)*, Reports of Judgements and Decisions, European Court of Human Rights, vol. 2014-III, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2016, p. 12 - 13. URL= https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2014-III.pdf. Accessed 10 July 2019.

Conclusion

If topics, such as the abolition of amnesties, are discussed solely among academics, it is usually without any difficulty – this actually happens in the sphere of international jurisprudence. However, once they are abolished in practice and are not linked to massive violations of human rights, the concept of the rule of law as such is “caught between a rock and a hard place”. Legal certainty and the prohibition of retroactivity represent the most important pillars of the rule of law. The abolition of Mečiar amnesties is, for the reasons referred to above, unique worldwide. There are two possible options how it will be perceived by other democratic states. It will either be seen as an ideological legal error due to the fact that, under the given circumstances, the abolition of these amnesties could not outweigh the prohibition of retroactivity and legal certainty requirement in the proportionality test, or the Slovak legal practice will set a new direction for the democratic world which will rule out any politically motivated amnesties on the basis of the following doctrine: **a public official may protect neither himself nor any other persons from offences resulting from his illegal action or illegal action instigated by him or in his favour.**

REFERENCES

Books

- Balog, B.; Tittlová, M.; Fakla, M, *Amnestie a milosti v právnom poriadku Slovenskej republiky*, Wolters Kluwer, Bratislava, 2019, p. 9.
- Bröstl, A. et al., *Ústavné právo Slovenskej republiky*, Aleš Čeněk, Plzeň, 2010, p. 283.
- Gerloch, A.; Hřebek, J.; Zoubek, V., *Ústavní systém České republiky*, 5th edition, Aleš Čeněk, Plzeň, 2013, p. 179.
- Hencovská M., *Milost' a amnestia v československom právnom poriadku*, Institute of Law at the Ministry of Justice of SSR, Bratislava, 1986, p. 39.
- Šámal, P. et al., *Trestní právo hmotné*, 8th edition, Wolters Kluwer ČR, Prague, 2016, p. 289.

Journals

- Krajčovič, M., *Teoreticko-právna úvaha k možnosti zrušenia amnestie v Slovenskej republike*, Justičná revue, Vol. 69, Issue No. 5, 2017, p. 692.
- Marguš v Croatia (GC), no. 4455/10, judgement of 27 May 2014 (extracts)*, Reports of Judgements and Decisions, European Court of Human Rights, vol. 2014-III, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2016, p. 12 - 13, p. 62. URL=https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2014-III.pdf. Accessed 10 July 2019.

Legal Acts

- Resolution of the Constitutional Court of the Czech Republic (file No. Pl. ÚS 4/2013). The finding of the Constitutional Court of the SR (PL. ÚS 7/2017-159).

Website References

- Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights*, 2019. URL=http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf. Accessed 10 July 2019.

Jeffery, R., *Amnesties, Accountability, and Human Rights*, 2014.
URL=<https://www.jstor.org/stable/j.ctt6wr9f8>. Accessed 10 July 2019.
Sentencia n° 44-2013AC de Sala de Lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 13 de Julio de 2016, 2016. URL=<http://sv.vlex.com/vid/648247501>. Accessed 10 July 2019.

СТАНДАРДИТЕ НА ЕВРОПСКАТА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА ВО ПОГЛЕД НА ЗАБРАНАТА ЗА МАЧЕЊЕ, НЕЧОВЕЧКО ИЛИ ПОНИЖУВАЧКО ПОСТАПУВАЊЕ ИЛИ КАЗНУВАЊЕ

Елена Максимова

Доцент, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ - Штип
E-mail: elena.ivanova@ugd.edu.mk

Дејан Маролов

Вонреден професор, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ - Штип
E-mail: dejan.marolov@ugd.edu.mk

Апстракт

Европската конвенција за човекови права, со нејзините Протоколи, е еден од најважните правни инструменти донесен од страна на Советот на Европа, кој предвидува заштита на основните слободи и права на човекот, во време кое сведочи за секојдневно нивно флагрантно прекршување. Врз основа на корпусот права кои ги гарантира Конвенцијата, работи и Европскиот Суд за човекови права кој постапува по индивидуални жалби, жалби од невладини организации или група на индивидуи и кој носи пресуди по нив, задолжителни за засегнатите држави.

Во членот 3, Конвенцијата го гарантира правото на забрана за мачење, нечовечко или понижувачко постапување или казнување. Право, кое е апсолутно само по себе, не содржи рестриктивни клаузули во самиот член и не е подложно на никакви ограничувања од страна на државата или трети лица. Не условеноста на членот 3 укажува на фактот дека, во смисла на меѓународното право и Конвенцијата, никогаш не може да постои оправданост за делата кои би го прекршувале предвиденото во овој член, ниту пак дека е оставено простор за ограничувања кои би биле утврдени со закон. Сепак, и покрај јасноста на одредбата, која сама по себе има недвосмислена тежина и е кратка и прецизна, есенцијално за правило оживотворување на гаранциите кои произлегуваат од словото на член 3 и негова правилна примена во целост, е неговото вистинско разбирање. Во трудот кој следи, ќе се обидеме да ги доближиме стандардите и критериумите кои ги поставува самата Конвенција и праксата на Европскиот Суд за човекови права во однос на ова елементарно човеково право и негова правилна примена.

Клучни зборови: *Европска Конвенција, Суд, права, мачење, третман, стандарди*

**THE STANDARDS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
REGARDING THE PROHIBITION OF TORTURE, INHUMAN OR DEGRADING
TREATMENT OR PUNISHMENT**

Elena Maksimova

Assistant Professor, Faculty of law, Goce Delchev University
E-mail: elena.ivanova@ugd.edu.mk

Dejan Marolov

Associate Professor, Faculty of law, Goce Delchev University
E-mail: dejan.marolov@ugd.edu.mk

Abstract

The European Convention on Human Rights, with its Protocols, is one of the most important legal instruments adopted by the Council of Europe, which provides the protection of fundamental freedoms and human rights, at a time which testifies to their daily flagrant violation. Based on the rights that are guaranteed by the Convention, the European Court of Human Rights deals with individual complaints, complaints from non-governmental organizations or a group of individuals and brings judgments that are binding for the concerned states.

In Article 3, the Convention guarantees the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment. The right, which is absolutely, does not contain restrictive clauses in the article itself and is not subject to any restrictions by a state or third parties. The unconditionality of Article 3 does not indicate that, in the light of international law and the Convention, there can ever be justification for acts that would violate the foreseen in this article, nor that there is room for restrictions that would be determined by law. However, in spite of the clarity of the article, which, unequivocally is very powerful, short and precise, it is essential that we truly understand its meaning, so we could properly bring into live the guarantees that arise from the word of Article 3. In the text bellow, we will try to explain the standards and criteria set by the Convention itself and the practice of the European Court of Human Rights in relation to this elementary human right and its proper application.

Key words: *European Convention, Court, Rights, Torture, Treatment, Standards*

ВОВЕД

Виолентноста од секогаш била нераскинлив сегмент припоен кон човековата природа. Литературата изобилува со бројни записи кои сведочат за насилство на човекот сторено кон друг човек или пак кон самиот себе. Дури и самата Библија ни го доближува насилството и неговата трулост преку Каиновиот грев. Сепак истото е

вткаено во човековата генетика и неговото зауздување е она кое ја изродило цивилизацијата и не одделило од примитивноста.

Со развитокот на човештвото се развиле и облиците и подоблиците на негово реализирање. Што повеќе, физичкото насилство веќе одамна не е единствениот начин на кој човекот ја изразува својата агресија и пакосност. Криминалитетот избобилува со употреба на насилство дури и онаму каде истото е непотребно за реализирање на крајниот исход. Насилството станува честа феноменолошка карактеристика што укажува на фактот дека истото е сеприсутно во човековото секојдневије. Настојувањата за хуманизација на односите на луѓето во современото општество често завршуваат со изразување на насилството низ нови појавни облици, со нови средства и методи за негово извршување¹. Без навлегување во неговото дефинирање, и во набројување на сите познати и можни појавни облици низ кои се изразува, би почнале само со тоа, дека истото во себе носи општествен и морален негативен предзнак, кој не ретко завршува со целосен презир и одбивност не само од директните и индиректните жртви, туку и од непристрасните и неутралните опсерватори. Насилството често со себе ја носи одредницата на асоцијално, неморално, девижантно, криминално или злосторничко поведение². Од тука и постојаните напори за негово правно регулирање и санкционирање, превенирање и казнување за негово вршење.

Потенцирајќи ја потребата од правно регулирање на насилството и настојувањата на позитивното право за справување со сите негови познати и непознати облици, не можеме а да го занемариме фактот дека дури и самото правото не секогаш еднакво, во континуитет, гледа на нештата. Имено, иако насилството, тортурата, мачењето... се од особен негов интерес денес, во поглед на поставување насоки и механизми за негово искоренување и адекватно правно третирање, сепак во одреден развој, истото е дозволиво и применливо. Така, инквизицската казнена постапка, карактеристична за средновековна Европа, го толерирала насилството во таа мера што го користела како легално средство за обезбедување на докази, односно за изнудување признание за сторено кривично дело, кое важело за *regina probationem*³.

Во насока на регулирање на насилството е и денешната забрана за мачење, нечовечки и нехуман третман, или понижувачкото постапување и казнување. Истата се јавува како фундаментално право и е придобивка на новиот век. Меѓународните документи за заштита на човековите права, заштитата од мачењето го регулираат како најосновно човеково право кое не може да се дерогира под какви било услови⁴. Универзалната декларација за човекови права (1948), женевските конвенции (1949), Меѓународниот пакт за граѓански и политички права и членот 7, (1966), Конвенцијата против мачење и други облици на сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување (1984), Европска конвенција за заштита од мачење и нечовечно или понижувачко постапување или казнување (1987) и др. се само дел од корпусот

¹ Подетално: Арнаудовски, Љ., Криминолошки пристап кон деликтите на насилство, Македонска ревија за казнено право и криминологија, Здружение за кривично право и криминологија, год.20, бр.1, 2013, стр. 12

² Ibid, стр. 13

³ Подетално: Лажетик-Бужаровска, Г., Калаџиев, Г., Мисоски, Б., Илиќ- Димоски, Д., Казнено процесно право, Правен факултет „Јустинијан Први“, УКИМ Скопје, 2015, Скопје, стр.15

⁴ Ананиев, Ј., Арифи, Б., Габер-Дамјановска, Н., Лазарова – Трајковска, М., Попоска, Ж., Чубриќ, С., Човекови права, Организација за безбедност и соработка во Европа, Мисија во Скопје, 2018, стр. 62

меѓународни инструменти преку кои се истакнува загриженоста на меѓународната заедница за овој проблем, и потребата од негово правно врамување.

Од особена важност за покренување на јавната свест и правниот интерес за регулирање е Европската Конвенција за човекови права (понатаму ЕКЧП), донесена од страна на Советот на Европа⁵ и членот 3 во кој се вели дека „никој не смее да биде подложен на мачење, нечовечко или понижувачко постапување или казнување“. Вака поставено ова право е апсолутно и не подложно на било какви ограничувања, од причини што тортурата се уште продолжува да е секојдневие низ светот и правното нормирање на нејзината забрана не е само нешто кое е содржано и кое го прокламира Конвенцијата, туку е и дел од обичајното меѓународно право и се смета за *ius cogens*⁶. Односно, таа е една од единствените *ius cogens* норми на обичајното меѓународно право, норма која е широко прифатена од меѓународната заедница како норма од која не е дозволено никакво отстапување. Забраната се наоѓа во речиси сите домашни правни системи ширум светот. Државата не може да бара да го оправда малтретирањето забрането со членот 3, без оглед на тоа дали се тврди дека тоа е дел од обидот да се спасат животите на другите или е направено од причини на националната безбедност, заради спречување на тероризмот, или заради спречување на организираниот криминал. Не се дозволени дерогации за време на војна, или за време на вонредна состојба⁷.

Сепак, погрешно е доколку сметаме дека забраната која е внесена во членот 3 од Конвенцијата ја опфаќа само тортурата. Нормално, тортурата е најтешка и најакутна форма на кршење на членот 3, но заштитата која произлегува од овој член опфаќа и многу други типови на напад и насилство на човековото достоинство и физичкиот интегритет.

Забраната за мачење не е содржана само во Конвенцијата, туку неретко е подигната и на Уставен принцип и се среќава и во највисокиот правен акт на државата⁸. А вака, конципирана во ЕКЧП и обезбедена како апсолутно право и важи за секого под јурisdикција на државата потписничка на Конвенцијата (согласно член 1 од ЕКЧП). Сепак, по примерот содржан во случајот Ел Масри (пресуда на Големиот совет од 13 декември 2012г.) Конвенцијата има и своја екстериторијални примена, доколку депортирањето во земја која не е потписничка ќе го изложи на лицето на повреда на членот 3 од Конвенцијата, со што се проширува и опсегот на важење на Конвенцијата и самата заштита⁹.

Интересот за подлабинско елаборирање на заштитата која ја нуди овој член од Конвенцијата лежи во тоа што не секој вид на суров третман значат повреда на членот 3. Потребата од утврдување што е она кое овој член го регулира, а што изостанува надвор од негов домен, изнудило да праксата на Европскиот суд за човекови права, низ неговата работа до денес, нагласува дека лошиот третман кој е предвиден со членот

⁵ Европска Конвенција за човекови права, Совет на Европа, Рим, 4 ноември 1950 год.

⁶ Така, *Prosecutor v. Furundzija*, 10 December 1998, case no. IT-95-17/I-T; *Prosecutor v. Delacic and Others*, 16 November 1998, case no. IT-9621-T, §454; and *Prosecutor v. Kunarac*, 22 February 2001, case no. IT96-23-T and IT-96-23/1, §466.

⁷ *Gäfgen v. Germany*, пресуда на Големиот судски совет од 1 јуни 2010 година, бр. 22978/05; *Chahal v. United Kingdom*, пресуда на Големиот судски совет од 15 ноември 1996 година, бр. 22414/93

⁸ Види: член 8 став 1 алинеја 1 и 11, член 11 и член 54 од Уставот.

⁹ Забрана за мачење, Прирачник за обука на член од ЕКЧП за македонските судии и обвинители, Совет на Европа, 2018, стр.20;

мора да достигне *минимално ниво на суровост (или минимален праг)* за да може да се зборува за било каква повреда на член 3¹⁰. Сепак, колку и да звучи навидум просто и едноставно за распознавање, проблемите кои настануваат при утврдување на ваквото минимално ниво на суровост и неговото пречекорување, се изобилни и за нив најдобро сведочи и самата пракса на Судот. Конвенцијата сама по себе е жив инструмент, па растечки високиот стандард кој се бара во областа на заштитата на човековите права неизбежно изискува поголема цврстина во оценувањето на прекршувањата на фундаменталните вредности на демократските општества. Дури и самиот Суд има заклучено дека „одредени дејствија кои во минатото биле квалификувани како нехумано или понижувачко постапување, а не мачење, тортура, можат да бидат различно квалификувани во иднина. Стандардите за заштита на човековите права растат и неизбежно условуваат поголема одлучност и процена на повредите на основните вредности на демократското општество.“¹¹

Затоа, од особена нужност за примена на овој член и за почитување на физичкиот и психичкиот човек интегритет низ механизмите на Судот, е разбирање на критериумите и стандардите кои произлегуваат од неговото слово и праксата на Судот. А самата битност на заштитата на ова човеково право, во денешни услови, е повеќе од очигледна.

1. За опсегот на членот 3 од ЕКЧП

Заштитата која ја обезбедува овој член е несомнено една од најопсежните и најдабинските. Тој содржи како материјални, суштински, така и процедурални аспекти, како и обврска за поведување на истрага *prima facie*, за наводи за користена тортура или друг нечовечки третман. Како што наведовме погоре, самиот член може да се повреди како со комисиони така и со омисиони дејствија, односно како со активно сторување на она кое е изречно забрането, така и поради занемарување или непреземање на никакви конкретни дејствија или обезбедување на соодветни стандарди за грижа. Или, поинаку речено, членот може да биде поеднакво прекршен како со намерно малтретирање или тортура кон одредено лице, така и со пропустот или небрежното не преземање на одредени дејствија и овозможување на уживање на одредени стандарди на заштита¹². Исто така, членот произведува како позитивни така и негативни обврски, односно обврски за воздржување од одредени активности и обврски за преземање на позитивни дејствија кон обезбедување на индивидуалните права и заштита на лицата од забранетиот третман. Јасно е дека членот 3 наметнува негативна, суштинска (материјална) обврска - дека државите не смеат директно да се вклучат во забранетиот третман. Кога се зема во врска со членот 1 од Конвенцијата, членот 3, исто така, наметнува позитивна, процедурална, обврска - да осигура дека лицата во рамките на

¹⁰ Види *McCallum v. The United Kingdom*, Report of 4 May 1989, Series A no.183, p.29.

¹¹ Erdal. U. and Bakirci, H. Article 3 of the European Convention on Human Rights, *A Practitioner's Handbook*, ОМСТ, Geneva, 2006, pg. 182

¹² Simović Miodrag, *Standardi Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava I osnovnih sloboda o zabrani mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja i zakonodavstvo BiH*, *Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija*, Institut za kriminološka I sociološka istraživanja, Beograd, 2010, str.35

една јурисдикција на државата се заштитени од забранетиот третман¹³. Така, како обврски од членот 3 за државите се наметнуваат¹⁴:

(а) Суштински, материјални обврски да се преземат разумни мерки дизајнирани за да се спречи лошото постапување за кои државата знаела или требала да знае (на пример, во ситуации во кои веројатниот сторител на малтретирањето е приватно лице, а не некој кој врши функции на државата); и

(б) процедурални обврски, да спроведе ефективна службена истрага кога ситуацијата издржано укажува на лошо постапување (било од државните органи или од приватните лица).

Конвенцијата треба да гарантира права кои не се теоретски или илузорни, туку практични и ефективни. Во контекст на членот 3, посебно значење ѝ е дадено на обврската да се истражи како позитивна обврска.

Постои широк ранг на типови на однесување и дејствување кои можат да потпаднаат под она што значи прекршување на член 3. Можните причинители на вакви прекршувања се исто така мошне диферентни. Па, дали конкретното однесување или дејствување значат повреда на членот 3, мора да биде утврдено со серија објективни и субјективни тестови.¹⁵

Сепак, како што беше споменато и погоре, за да можеме да зборуваме за постоење на дејствие или воздржување од дејствување, кое значи исполнување на забранетото битие во членот, мора да биде задоволен критериумот на пречекорување на прагот на минималното ниво на суровост. Сепак, самото препознавање за тоа дали постои сурово постапување и прекршување на одредбите во членот 3 не е воопшто едноставно и може да биде тешко да се востанови на прво место.

Во случајот *Ирска против Обединетото Кралство*¹⁶ (што подоцна е потврдено и повторено низ обемната судска пракса) Судот утврдил дека проценката за тоа што претставува достигнување на минимално ниво на суровост е релативна, зависи од сите услови на случајот како на пример: траењето на третманот, неговите физички и психички ефекти, а во некои случаи зависи и од полот, возраста и здравствениот статус на жртвата¹⁷. Понатаму, зависи и од целта за која бил нанесен третманот и намерата или мотивацијата зад него, контекстот, како што е атмосферата на зголемена тензија и емоции, потоа дали истиот бил систематски, како и дали државата можела да преземе алтернативно дејствие за да постигне некоја легитимна цел (на пример, да изврши

¹³ Забрана на тортура, нечовечно или понижувачко постапување или казнување, Преглед на судската практика на Европскиот суд за човекови права, The AIRE Centre and Civil Rights Defenders, 2018, стр. 11-12.

¹⁴ *Z and Others v. United Kingdom*, пресуда на Големиот судски совет од 10 мај 2001 година, бр. 29392/95; *Osman v. United Kingdom*, пресуда на Големиот судски совет од 29 октомври 1998 година, бр. 23452/94; *Ђорђевиќ v. Croatia*, пресуда од 24 јули 2012 година, бр. 41526/; *A and Others v. United Kingdom*, пресуда на Големиот судски совет од 23 септември 1998 година, бр. 3455/05; *Beganović v. Croatia*, пресуда од 25 јуни 2009 година, бр. 46423/06.

¹⁵ *The prohibition of torture, A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, no. 6, Council of Europe, Germany, 2003, pg.9;*

¹⁶ *Ireland v. The United Kingdom*, 18 January 1978, no.5310/71

¹⁷ *Costello-Roberts v. The United Kingdom* 25 March 1993, Series A no 247–C, pg. 59, § 30;

апсење)¹⁸. Така, и во случајот *Соеринг против Обединетото Кралство*¹⁹ утврдено е дека сериозноста на лошиот третман зависи од сите околности на случајот како што се природата и контекстот на третманот или казнувањето, начинот и методот на извршувањето, како и факторите наведени погоре. Децата и останатите „ранливи“ категории на лица, посебно, имаат право на заштита од страна на државата од вакви сериозни повреди на личниот интегритет²⁰. Во случајот *Федотов против Русија*²¹ нагласено е дека фокусот на Судот се повеќе се однесува на тоа дали државите одржуваат **прифатливи стандарди на однесување**. Додека, субјективното влијание врз поединецот и целта на третманот, иако се релевантни, сепак не се детерминирачки²².

Неповолниот третман, во духот на повредување на член 3, според праксата на Судот, значи и дека она што е класифицирано како неприфатлив третман, варира од едно место до друго. Од страна на Европската Комисија нотирано е дека „од сведочењата на голем број на жртви, се чини дека одредена суровост во третманот на полициските и воените власти врз притворениците е толерирана, па дури е земена и здраво за готово. Со ова се нагласува и фактот дека точката до која затворениците и јавноста можат да го прифатат физичкото насилство како ни сурово ни прекумерно, варира меѓу различни општества па дури и меѓу разните делови од нив“²³. Што не наведува на заклучокот дека дури и различни индивидуи можат да имаат различен праг на толеранција кон суровоста и нејзиниот интензитет, како на пример психичкиот притисок кој може различно да се доживува во зависност од културата, или пак специфичните третмани кон жени и деца во различни култури може да биде восприемано различно со различен интензитет во зависност и под влијание на религиската припадност и сл.

Сепак, праксата покажала дека за доловување на духот на членот 3 и утврдување на повреда, ваквото постоење на пречекорување на минималното ниво на суровост мора да се докаже, за што, како што споменавме, и не е секогаш едноставно. Затоа особено е важно да се дефинираат самите поими кои се содржани во оваа одредба и да се анализираат нивните елементи, како: мачењето, нечовечкото или понижувачкото постапување и казнување. Па, трите клучни области кои ги опфаќа забраната конципирана во членот 3 иако навидум се доста широки, и се опишани како различни, сепак во суштина се поврзани меѓу себе.

За да можеме да ги разбереме забраните и поведенијата кои се недопустливи согласно Конвенцијата во оваа насока, неопходно е да се разбере за почеток, кои се правните импликации за секој израз утврден во член 3. Самата одредба на членот можеме да ја разглобиме на пет клучни елементи:

- a. Мачење или тортура
- b. Нечовечност (нечовечко)

¹⁸ Забрана на тортура, нечовечно или понижувачко постапување или казнување, Преглед на судската практика на Европскиот суд за човекови права, The AIRE Centre and Civil Rights Defenders, 2018, стр. 15

¹⁹ *Soering v. The United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no.161, §100.

²⁰ *X i Y v. Holandije*, 26 March 1985, Series A no. 91, pg. 11 - 13, pg. 21–27.

²¹ *Fedotov v. Russia*, пресуда на Големият судски совет од 25 октомври 2005 година, бр. 5140/02.

²² *V.C. v. Slovakia*, пресуда од 8 ноември 2011 година, бр. 18968/07

²³ The prohibition of torture, A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, no. 6, Council of Europe, Germany, 2003, pg.10;

- c. Понижување (понижувачко)
- d. Постапување
- e. Казнување

Секое објаснување на содржината на членот мора да започне со разликување на овие елементи, секо засебно, како и со разбирање на односот на нив меѓусебно. Постои и клучна е разликата меѓу овие три области односно меѓу тортурата или мачењето од една страна, нечовечкото постапување или казнување од друга страна и понижувачкото постапување или казнување од трета. Се смета сепак, дека многу полесно е да се направи дистинкција меѓу мачењето и нечовечкото постапување или казнување од една страна со понижувачкото постапување или казнување од друга отколку меѓу мачењето и нечовечкото постапување или казнување²⁴. А самото тоа што сите три области се посебно нагласени во самиот член, доволно зборува за потребата он нивно разликување и посебно дефинирање, кое пак не е сторено преку самата Конвенција, но е доловено преку практиката на Судот.

1.1 За елементот тортура (мачење)

Конвенцијата на Организацијата на Обединетите нации против мачење и други облици на сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување (УНКАТ), тортурата ја дефинира како:

„Дејство со кое што намерно се нанесува сериозна болка или страдање, било физички или ментално, на лице со цел добивање од него или од трето лице информација или признание, казнување на лицето за дело коешто тоа или трето лице го извршило или е осомничено дека го извршило, или заплашување или принудување на тоа лице или на трето лице, или, пак, од причина заснована врз дискриминација по која било основа, кога таквата болка или страдање се нанесува од страна на или на барање на или со знаење или премолчена согласност на службено лице или друго лице кое постапува во својство на овластено службено лице. Таа не опфаќа само болка или страдање коишто произлегуваат од, коишто се својствени на или коишто се придружни на законските санкции.“²⁵

УНКАТ преку ваквата дефиниција ги потенцира како клучни елементи: **намерата**, односно дали делото со кое се предизвикува тешко физичко или ментално страдање е намерно, потоа дали тортурата/мачењето кое се нанесува се нанесува со одредена **цел** (како добивање на информација, признание, казнување, заплашување, дискриминација или принудување), кој е **интензитетот** на страдањето и болката кои

²⁴ Ананиев, Ј., Арифи, Б., Габер-Дамјановска, Н., Лазарова – Трајковска, М., Попоска, Ж., Чубриќ, С., Човекови права, Организација за безбедност и соработка во Европа, Мисија во Скопје, 2018, стр. 66

²⁵ United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – UNCAT), од 1984 година, (усвоена и отворена за потпишување, ратификација и пристапување со резолуцијата на Генералното собрание 39/46 од 10 декември 1984 година, а која стапи во сила на 26 јуни 1987 година

се нанесуваат и дали е нанесена од страна на службено лице или лице кое постапува во својство на овластено службено лице, односно кој е *субјектот* кој е причинител на тортурата. Оваа дефиниција ги зема предвид и менталната и физичката димензија на тортурата и лошото постапување, и покрај тоа што таа не е сеопфатна и не ги разработува детално тие различни степени. Исто ги исклучува и законските санкции, односно санкциите пропишани со националното право, што во одредени случаи го покренува прашањето дали тие санкции можат да му противречат на сеопштиот дух и на целите на Конвенцијата²⁶. Ваквата правна дефиниција за тортура е вклучена и прифатена од страна на сите земји потписнички на Конвенцијата.

Судот преку неговата пракса нагласил дека причината поради која во иста одредба креаторите на Конвенцијата ја навеле „тортурата/мачењето“ и „нечовечкиот и деградирачкиот третман“ е токму потребата од нивно јасно разликување. За да не настане простор за било каква злоупотреба, Судот се повикува и надоврзува и на Резолуцијата 3452 на ООН²⁷ од 1945 г. Во која е наведено дека „тортурата претставува отежната и намерна форма на сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување“.

Европскиот суд за човекови права, иако ги идентификувал елементите кои го карактеризираат третманот или казната како тортура, никогаш не се обидел да дефинира што точно значи терминот. Меѓутоа, делумно ја одобрува дефиницијата предвидена во Конвенцијата на Обединетите нации против тортура, дадена погоре. Намерата на Судот е да се создаде посебна стигма за намерното нечовечко постапување и казнување кое предизвикува особено сериозно и сурово страдање а кое се подведува под терминот „тортура“²⁸. Па така и при неговото работење во утврдувањето на постоење или не третман кој значи тортура односно мачење, Судот го утврдува интензитетот на постапувањето, намерата и неговата цел.

Интензитет

Судот низ неговата работа првично нагласува дека разликата помеѓу мачењето и другите форми на нечовечно постапување или казнување е во *интензитетот* на нанесената болка или страдање. Тој интензитет се одредува врз основа на критериумите²⁹:

- a. Траењето,
- b. Физичките или менталните последици кај жртвата
- c. Родот, возраста и здравствената состојба на жртвата, како и
- d. Начините и методите на извршувањето на ваквата тортура.

Субјективните критериуми, родот, возраста и здравствената состојба на жртвата, се и те како релевантни при проценка на интензитетот на тортурата во секој конкретен случај. Притоа тие се земаат предвид посебно кога треба да се разликува

²⁶ Разбирање на човековите права, Прирачник за едукација од областа на човековите права, Европски центар за обука и истражување на човековите права и демократијата, уредено од Волфганг Бенедект, 2006, стр.59

²⁷ Resolution 3452(XXX) adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1975

²⁸ Ireland v. The United Kingdom

²⁹ The prohibition of torture, A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, no. 6, Council of Europe, Germany, 2003, pg.12

помеѓу мачењето и нечовечното постапување или казнување во одредени случаи кога интензитетот на нанесената болка и страдање може да варираат, додека, пак, кога тој интензитет е објективно јасно висок, тогаш нема разлика во однос на субјективните карактеристики на жртвата. Тогаш е ирелевантно дали дали се работи за маш или жена, или со каква телесна конституција е жртвата и сл., заклучокот е дека е извршена тортура која се утврдува во однос на вреднувањето на другите карактеристики. Така во случајот *Селмоуни против Франција*, Судот одлучил дека третманот кој е содржан во случајот не е само насилен туку би бил понижувачки и деградирачки за секој, независно од нивните останати карактеристики³⁰. Првиот случај во кој органите на Конвенцијата мораа да се произнесат за постоење или не на тортура е меѓудржавниот случај против Грција³¹ (т.н *Грчки случај*), за дејствијата кои ги преземаше воената хунта која владееше со Грција во тоа време, каде е заклучено од страна на Европската Комисија дека постојат како неповолен третман така и тортура. Втор важен случај, е споменатиот *Ирска против Обединетото Кралство*, каде Комисијата носи заклучок дека комбинираната употреба на т.н „пет техники“³² (стоење до ѕид, прикривање со качулка, изложување на бучава, лишување од сон и лишување од храна и пијалоци), техниките на „дезориентација“ или „сензорна депривација“, претставуваат практика на нечовечко постапување или тортура во духот на членот 3 од Конвенцијата. Судот одредил дека поради тоа што петте техники се применети во комбинација заедно, со часови и како предворје на она кое следи, тие предизвикале најмалку силно физичко и ментално страдање на лицето подложно на нив и воделе кон акутни психички нарушувања за време на испрашувањето.

Намера

Дефиницијата која се користи од страна на Судот при спроведувањето на неговата пракса подразбира дека тортурата е **намерна** форма на нечовечки третман. Во случајот „Палестински бесења“, кој впрочем и прв случај за кого пресудата гласи на постоење на тортура, судот дал забелешка дека третманот кој е користен, дејствието со кое се остварува суровото постапување, едиствено може да се спроведе и доврши со особен напор и доколку претходно е сериозно подготвуван³³. Во случајот *Дикме против Турција*,³⁴ Судот исто така препознава постоење на тортура која се состоела од „нанесување бран на удари на жртвата и слични облици на тортура“. Во случајот, Судот ја нагласува намерата која постоела кај сторителите, државните службеници, при извршувањето на нивните задолженија.

Што значи дека како битен елемент на тортурата, односно мачењето за да се утврди нејзиното постоење е умислата за сторување на истата. Јасно е дека се бара директна умисла од сторителите, односно, субјективна одговорност која јасно ја определува намерата да се стори тоа дело³⁵.

³⁰ *Selmouni v. France*, judgment of 28 July 1998, ECHR 1999-V.

³¹ Greek Case, Commission Report of 5 November 1969, Yearbook 12

³² Повеќе за ова *The prohibition of torture, A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, no. 6, Council of Europe, Germany, 2003, pg.13

³³ *Aksoy v. Turkey* judgment of 18 December 1996, ECHR 1996-VI, Vol. 26, §64.

³⁴ *Dikme v. Turkey*, application no.20869/92, judgment of 11 July 2000, ECHR

³⁵ Ананиев, Ј., Арифџи, Б., Габер-Дамјановска, Н., Лазарова – Трајковска, М., Попоска, Ж., Чубриќ, С., Човкови права, Организација за безбедност и соработка во Европа, Мисија во Скопје, 2018, стр. 66

Цел

За да можеме да зборуваме за постоење на тортура, во однос на прксата на Судот, истата мора да биде применува со некаква поставена цел, како на пример, преку страдањето кое се нанесува се изнуди признание, да се казни, или да се добие информација, да се заплаши жртвата, да се дискриминира и слично. Во бројни прилики Судот се надоврзал на целта која е составен елемент од дефиницијата на тортура на Конвенцијата на ОН цитирана погоре, каде намерното нанесување на страдање и болка е со претходно поставена цел, за да биде врстено као тортура. Во споменатиот случај *Дикме против Турција*, целта поради која лицето било измачувано била изнудувањето на признание или влечење на информации од жртвата во улога на осомничен. Во други случаи каде притворени осомничени биле малтретирани со слична или иста цел, Судот исто така препознава постоење на тортура.

Активен субјект

Најчесто, тортурата ја врши овластено службено лице. Тука се наоѓаат и најголемиот дел на случаи по кои постапувал и одлучувал ЕСЧП. Меѓутоа, тоа не значи дека тортурата не може да се врши од лица кои не се носители на службена должност и овластувања. Тортурата како *delicta communia*, може да биде извршена од страна на секого без оглед на функцијата, титулата или улогата која ја игра. Лицата под јурисдикција на државата мораат да уживаат сигурност и заштита од загрозување кое може да дојде и од трета страна. Затоа опсегот на важење на оваа забрана се поместува и во приватен сектор, и важи и кога трети лица или институции се јавуваат во улога на агресори.

1.2 За елементите „нечовечки“ или „понижувачки“ во однос на третманот

Како понизок степен на недозволен третман, кој не го достигнува прагот на тортурата, односно на мачењето дефинирано погоре, поради недостаток на доволен интензитет или цел, се јавува нечовечкиот или понижувачки третман. Сепак како и со целокупната проценка за минималното ниво на неповолен третман за утврдување повреди на член 3, така и во овој случај, процената на постоење на ваков минимум е релативна.

Комисијата за човекови права во *Грчкиот случај*, наведен погоре, одредува дека „постоењето на нечовечно постапување значи состојба во која постои најмалку таков третман како намерно предизвикување тешко страдање, ментално или физичко, кое во одредениот случај е неоправдано“. Третманот бил окарактеризиран како „нечовечки“ бидејќи бил умислен, применет со часови и предизвикал или вистински телесни повреди или интензивно физичко или ментално страдање. Многу од случаите се јавуваат при притворањето, каде што жртвите биле подложени на лошо постапување, кое иако било сериозно, не го достигнало доволниот интензитет за да третманот биле квалифициран како тортура. Утврдено е дека нечовечко постапување има и кога третманот се применува надвор до притворот каде жртвите се изложени на намерно сурово постапување кое ги става во позиција на екстремна вознемиреност.

Во споменатиот случај Ирска против Обединетото Кралство, ЕСЧП одредил дека тортурата претставува умислено нечовечно постапување кое предизвикува многу сериозно страдање или болка, нечовечкото постапување претставува предизвикување на интензивно ментално или физичко страдање, додека пак понижувачкото постапување претставува малтретирање со цел кај жртвата да се предизвикува чувство на страв, агонија, инфериорност, преку кои се деградира и понижува жртвата. Во истиот случај, понижувачкиот третман е опишан и како третман кој би довел до распаѓање на физичкиот или психичкиот отпор на жртвата или пак кој би довел до тоа жртвата да дејствува спротивно од својата волја или совест.

Според пресудата за случајот *Ранинен против Финска*³⁶ при одлучување дали еден третман е деградирачки во смисла на чл.3 од Конвенцијата, треба да се обрати посебно внимание кон тоа дали неговата цел е да го понижи и деградира лицето кое е засегнато, и, што се однесува до последиците, дали негативно се ефектуира на жртвата на начин некомпатибилен со член 3.

Но, отсуството на ваквата цел, не значи автоматски неисполнување на услови за постоење на понижувачки третман кој би значел повреда на чл.3. Релативните фактори кои ги споменавме, како род, возраст и сл., можат да имаат особено големо влијание при одлучување дали се работи за деградирачки третман или не. За разлика од процената за постоење или не на нечовечки третман или тортура, процената за постоење на деградирачко, односно понижувачко постапување или казнување е многу по субјективна. Судот смета дека понекогаш е доволно доколку жртвата самата се смета за понижена, без притоа и останатите да ја оцениле или доживеале како таква.

Во одредени услови, како тригер фактор за тоа дали еден третман ќе потпадне под она кое значи „деградирачкото“ однесување во смисла на член 3 може да биде и публицитетот за самиот случај, но недостатокот од публицитет не значи и автоматско негово ослободување од можноста да тој конкретен третман потпадне под наведената категорија од член 3³⁷.

1.3 Постапување наспроти казнување

Најчесто, повредата од членот 3 се активира за наведените забранети начини на постапување, односно при забранет третман со одредено лице. Но во одредени случаи, ваквите повреди можат да бидат сторени при казнување кое било сторено врз жртвата, па треба јасно да се одреди дали казнувањето е нечовечно или деградирачко.

Самиот член 3 нема за цел да го суспендира националното законодавство согласно кое казните се изрекуваат и реализираат. Неговата суштина е во забраната за нечовечно или деградирачко постапување при казнувањето, иако самата по себе казната значи рестрикција во однос на уживањето на одредени слободи и права и сама по себе, согласно видот, содржи нечовечки или понижувачки елементи. Но колку и да е тешка самата судска пресуда, таа не значи секогаш дека е деградирачка и дека ја активира забраната за деградирачки третман. Судот зазел став дека само во

³⁶ Ranninen v. Finland judgment of 16December 1997, ECHR 1997-VIII,p.2821-22, §55.

³⁷ The prohibition of torture, A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, no. 6, Council of Europe, Germany, 2003, pg.17;

исклучителни случаи тешка казна може да ја активира оваа забрана содржана во членот 3.

Во 1978 година Судот одлучил дека системот на телесното казнување на малолетни престапници кој постоел и бил во употреба во Обединетото Кралство, значел повреда на членот 3. Како образложение, Судот навел дека на овој начин се деградира човековото достоинство на една индивидуа пред друга, како и тоа дека преку постоење на таков систем државните органи законски ја институционализираат употребата на насилството³⁸.

Низ праксата на ЕСЧП е потврдено и дека депортирањето или екстрадирањето на лице во земја каде постои закана за изрекување на смртна казна, и активирањето на феноменот „редица на смртта“, е повреда не само на член 2 од Конвенцијата туку и на членот 3. Понатаму, праксата на Судот покажала и постоење на повреда на членот 3 и негово активирање и тогаш кога бегалци од земјата кон која првично се упатиле, се депортираат во трета земја во која постои опасност од нивно враќање во земјата од која побегнале како и нивно изложување на ризик за нехуман третман или деградирачки третман во третата земја³⁹. Особено проблематична се јавува областа за медицинскиот третман врз сторителите на кривични дела (хемиска кастрација на педофили), во однос на тоа дали таквиот третман е допустлив и во согласност со Конвенцијата. Во оваа област Судот особено внимава, што впрочем го прават и националните судови, затоа и постојат значителен број на препораки и усвоени акти и правила во однос на достигнување на минималното ниво. Сепак, ваквите дебати за секој медицински третман кој може да значи нарушување на дигнитетот, се се уште отворени и праксата на судот допрва ќе се развива во оваа област.

2. Материјални и процесни аспекти на член 3

Европскиот Суд за човекови права низ својата пракса постојано ја нагласува важноста на членот 3, заедно со важноста на членот 2 (правото на живот) од Конвенцијата како основно, базично начело и право кое има за цел да го штити достоинството на човекот и физичкиот интегритет. Ова право затоа и е поставено како апсолутно право, без можности за негово ограничување или déroгирање. Што значи, никакво однесување од страна на жртвата или оправдување од страна на сторителот или било какви вонредни околности не го исклучуваат ова основно и загарантирано право. Членот 15, став 1, од Конвенцијата дозволува договорничките да отстапат од обврските зададени во Конвенцијата во случај на војна или на вонредна состојба, но во ставот два од истиот член наведува дека ваквото отстапување не важи во однос на членот 3, со што се потврдува важноста на забраната која ја содржи.

Така, самиот член содржи доредени материјални и процесни аспекти преку кои државите имаат позитивни и негативни обврски во однос на кои треба или не треба да постапуваат на одреден начин во дадена ситуација.

³⁸ Costello-Roberts v. the United Kingdom (Application no. 13134/87, Judgement of 25 March 1993

³⁹ Hirsi Jamaa and others v. Italy, judgment, Application no. 27765/09

2.1 Материјални аспекти

Материјалните или содржинските аспекти на забраната на мачење, нечовечно или понижувачко постапување или казнување ги опфаќа негативните обврски на државата и се однесува за ситуациите кога и каде државата е должна да се воздржи од одредени дејства за да ја гарантира заштитата лицата под нејзина власт, како и позитивни обврски, кога е должна да преземе се што е неопходно за да не се активира повреда на членот 3. Подолу ги прикажуваме најчувствителните области каде државата е должна да се воздржува од одредено поведение со цел не повредување на правата загарантирани под член 3 од Конвенцијата.

Праксата на Судот покажала дека важноста на овој член се гледа особено во случаите кога имаме лице кое е *лишено од слобода, односно лице кое е притворено или против кое се води истрага*. Во многу наврати се покажало дека претставниците на државата во овие фази од постапката особено го повредуваат човековото достоинство и физичкиот интегритет, кое е спротивно на предвиденото во членот 3. Оттука, за лицата против кои се води постапка и кои се лишени од слобода, во однос на член 3, се наметнува позитивна обврска за државите да им ги почитуваат и остваруваат нивните минимални процесни права. Најочигледен знак дека постоело прекршување на членот 3 е доколку постојат видливи знаци на користена физичка сила и повреди кај жртвата (лишениот од слобода) или доколку постои забележлива психичка траума. Во таков случај, која задржаниот покажува очигледни знаци на претрпен нечовечки, нехуман однос, товарот на докажување дека не потекнуваат од мачење добиено од страна на службениците за времето додека бил лишен од слобода, паѓа на државата⁴⁰. Или пак, доколку потекнува, за да не постои повреда на членот 3, истите треба да докажат дека во конкретниот случај била применета апсолутно неопходна сила сразмерна да одговори на однесувањето на задржаниот/лишениот од слобода. За таква ситуација Судот преку неговата пракса⁴¹, утврдил дека товарот на докажување паѓа на органите на прогонот да обезбедат веродостојни, кредибилни докази за тоа како дошло до повредите и како нивните акции не го повредуваат членот 3.

Прекршување на забраната за мачење конципирана во член 3, може да настапи и за време на *апсење и испрашување* на одредено лице, и истото најчесто е вршено од претставниците на полицијата. Односно, се смета дека периодот по апсењето е најчувствителен период, односно тогаш постои најголема опасност за малтретирање. Сепак, опасноста постои во секој стадиум од лишувањето од слобода, од апсењето или задржувањето па се до негово пуштање. Сериозноста да настапи малтретирање е особено голема тогаш кога полицијата сака да извлече признание или одредени исказ од лицето лишено од слобода, и тоа уште во самата фаза на испрашување или интервју. Како место кое е со највисок ризик за да се изврши прекршување на членот 3 во оваа насока, и за возрасни и за малолетници се смета дека е полициската станица⁴². Затоа, се

⁴⁰ The prohibition of torture, A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, no. 6, Council of Europe, Germany, 2003, pg.23;

⁴¹ Tomasi v.France judgment of 27 August 1992, Series A no.241-A, pp.40-41, §§108-111; Ribitsch v. Austria judgment of 4 December 1995, Reports of judgments and decisions 1996, p.26, §34; Aksoy v. Turkey judgment of 18 December 1996, p.17§61

⁴² 6th General Report of the CPT(1996), para.15, and similar comments in 9th General Report of the CPT (1999), para.23.

смета дека државата уште во оваа фаза мора да обезбеди превенирање на прекршување на членот 3 и нечовечко или деградирачко постапување или казнување. Како три клучни механизми, права на лишениот од слобода, кои се наметнуваат се: правото третото лице да биде информирано за задржувањето на лицето, почитување на неговото право на пристап до бранител и правото да бара лекарски преглед кај доктор по негов избор. Во оваа фаза од постапката, државите се одговорни и имаат обврска да обезбедат точни и детални податоци и евиденција за лишувањето од слобода на лицето и да се стават себе си во положба да можат убедливо да одговорат за постоење на било какви повреди.

Условите на институциите во кои се издржува притворањето или затворањето на лицето, сами по себе исто така можат да доведат до прекршување на забраната на членот 3. Односно, се мисли и на општото опкружување за лицата лишени од слобода како и за режимот и специфичните услови во кои се чувани. Лицата кои се притворени, и за кои сè уште не е донесена правосилна осудителна судска пресуда уживаат право на пресумпција на невиност, па така и треба да бидат третирано како во однос на кривичната постапка која е во тек, така и во однос на режимот во притворот и правата кои ги има лицето таму. Потоа, за одредени лица кои имаат посебни потреби, самото нивно ускратување и оневозможување за задоволување во рамки на институциите каде се задржани може да значи деградирачки однос. Потоа изложувањето на престој во самица може да значи и повреда на член 3 и често е основа за приговарање за нечовечки или деградирачки однос. Но, мора да се напомене дека самицата сама по себе, согласно праксата на Судот не значи прекршување на членот 3⁴³. Сепак, во одредени случаи, комбинирано со други околности, како нејзиното времетраење, причината за нејзиното изрекување, последиците и сл., можат да значат нечовечко постапување. Телесниот претрес и начинот на кој се спроведува е исто така особено сензибилен. Судот во случајот *Валашинас против Литванија*⁴⁴ нашол дека доколку таквиот претрес на машко лице се случува пред женско лице при што притвореното лице/затвореникот се принудува целосно да се соблече и се допира по неговите гениталии тоа претставува понижувачко постапување со него поради чувството на инфериорност, срам и понижување што се појавуваат кај него. Забраната на излез на свеж воздух, врзувањето за кревет и други слични мерки, исто така, може да претставуваат повреда на членот 3 од ЕКЧП. Пренатрупаноста во просторијата каде лицето е притворено или каде ја издржува затворската казна, исто така може да значи повреда на членот⁴⁵.

Во поново време, со оглед на најновите случувања и бегалските кризи, особено интересен е фактот што повредата на овој член може да се однесува и на *прифатните центри* во кои *мигрантите* првично се задржуваат. Условите во кои се задржуваат мигрантите многу често само по себе значат прекршување на членот 3. Исто, Судот утврдил постоење на повреда на членот 3 и тогаш кога во прифатните центри, кон кои одредена држава ги пренасочила (депортирала) мигрантите постои огромен ризик од нехуман и деградирачки третман⁴⁶. Што значи, Судот преку неговата пракса утврдил дека протерувањето или депортирањето на лице во земја каде може да биде положено

⁴³ Така и во случајот *Rohde v. Denmark*, no. 69332/01 (21/10/2005)

⁴⁴ *Valašinas v. Lithuania*, Application no. 44558/98, Judgement of 24 July 2001

⁴⁵ *Peers v. Greece*, Application no. 28524/95, Judgement of 19 April 2001; *Dougoz v. Greece*, Application no. 40907/98, Judgement of 6 March 2001

⁴⁶ *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, judgment, Application no. 27765/09

на третман спротивен на членот 3 ја покренува одговорноста на државата која депортира. Безусловната забрана содржана во членот 3 довел до тоа да Европскиот Суд создаде принцип за лице кое е осудено дури и за тешко кривично дело⁴⁷ или кое претставува закана за безбедноста на државата⁴⁸, доколку треба да се изврши негова депортација државата да биде обврзана да направи процена на ситуацијата со која би се соочило лицето во земјата каде се враќа. И колку во вакви случаи да се мисли на разгледување на политичките ситуации и фактори во земјата каде едно лице се упатува, сепак праксата покажува дека во одредени ситуации одлучувачки се и некои други фактори, како на пример недостатокот на емотивна или финансиска поддршка⁴⁹.

Забраната на мачење, нечовечно или понижувачко постапување или казнување важи и при спроведувањето на мерките на безбедност и упатување во здравствена установа на лица кои се **ментално болни и треба да бидат лишени од слобода**⁵⁰. Таквата забрана се однесува и на посебните третмани од тој карактер кои сериозно може да ги повреди човековите права на тие лица⁵¹. Посебните потреби кои ги имаат овие лица, отвора можност за снижување на тој праг на минимална суровост и многу полесно задирање во забраните од членот 3.

Судот во неколку случаи утврдил дека и **институционалната дискриминација** може да води кон нечовечно или понижувачко постапување и повреда на членот 3⁵².

Потоа, проблемот со **исчезнатите лица**, кога лицата биле одведени во непознато затворско или притворското место од страна на службени лица или лица кои настапуваат во име на државата или во нејзина согласност, исто така може да значи прекршување на забраните од членот 3 и негова повреда⁵³, како што е утврдено во случајот *Курт против Турција*⁵⁴. Во овој случај, иако Судот нашол дека постои кршење на членот 3 поради пропуст на државата да поведе истрага за утврдување на исчезнувањето на синот на апликантот, кој бил одведен од страна на турската војска, сепак со тоа не поставил општ принцип дека исчезнувањето само по себе би претставувало кршење на членот 3. Но, утврдување на негово прекршување може да има во зависност од утврдување и на други бројни фактори кои страдањето на жртвата го чинат многу посериозно од обично емотивно страдање кое е неизбежно кај роднините на исчезнатите, што пак во тој случај би можело да предизвика повреда и на членот 3.

⁴⁷ Ahmed v. Austria, 1996

⁴⁸ Chahal v. The United Kingdom, 1996

⁴⁹ D v. The United Kingdom, 1997

⁵⁰ Herczegfalvy v. Austria, judgment, 1992

⁵¹ Ананиев, Ј., Арифи, Б., Габер-Дамјановска, Н., Лазарова – Трајковска, М., Попоска, Ж., Чубриќ, С., Човекови права, Организација за безбедност и соработка во Европа, Мисија во Скопје, 2018, стр. 72

⁵² Така во Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom (Application nos. 9214/80, 9473/81 and 9474/81, Judgement of 28 May 1985) и случајот Eremia v. the Republic of Moldova (Application no. 3564/11, Judgement of 28 May 2013)

⁵³ Simović Miodrag, Standardi Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava I osnovnih sloboda o zabrani mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja i zakonodavstvo BiH, Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija, Institut za kriminološka I sociološka istraživanja, Beograd, 2010, str.54

⁵⁴ Kurt v. Turkey, application no. 24276/94, judgment, 25 March 1998

2.2 Процедурални аспекти

Процедуралните аспекти на членот 3 ги опфаќаат позитивните обврски на државата. Се мисли на низа дејства кои државата е должна да ги преземе за да ги заштити правата кои произлегуваат од членот 3.

Тоа се, на прво место, *процесни обврски кои државата е должна да ги преземе за да спречи повреда на членот 3 кога тоа се прави од трети лица или институции кои не се државни органи*, познато како *Drittwirkung effect*. Со оглед на обврските кои произлегуваат од членот 1 на Конвенцијата, државата е должна да им ги обезбеди правата кои произлегуваат од Конвенцијата на сите лица кои се под нејзина надлежност, без оглед на тоа од каде потекнува повредата. Така, процесните или позитивните обврски овде се расплинуваат и врз ситуации кога прекршителите не се државни органи, туку кога, на пр. повредата се случува во рамки на семејството.

Исто така, позитивните обврски ги опфаќаат и процесни дејствија кои државата е должна да ги преземе во насока на *спроведување на ефективна истрага* за можни прекршувањето на членот 3. Колку што државните органи треба да се воздржуваат од прекршување на забраните кои произлегуваат од член 3, толку државите се и должни да имаат соодветни правни механизми за идентификување, расветлување, гонење и осудување на случаите на прекршување на овој член. Товарот на докажување, дека употребената сила или самото проблематично дејство било оправдано паѓа на државниот орган кој се сомничи за нелегално дејствување. Тоа значи дека државните органи мора да покренат истрага во врска со наводите за можно малтретирање на одредено лице, и ефективно да го истражи целиот случај. Истрагите во тие случаи мора да бидат детални и ефикасни. Судските органи мора да укажат на сите недостатоци на истражната постапка со цел постапката да биде транспарентна, релевантна и да постои доверба спрема истата. Самите докази треба да укажуваат на постоење на „основано сомневање“ за тоа дека постои повреда на членот 3. Така, постојат обврски на страна на државните органи на прогон кои истите не смеат да ги занемарат и пропуштат со цел спроведување на ефективна истрага. Пропуштањето на некое од овие процесни дејства во врска со работата на надлежните органи на прогонот како и во врска со квалитетот на писмените докази и вештачењето доведува до неуспешно гонење на сторителите на мачење и друг вид лошо постапување. Таквото пропуштање е неприфатливо и означува институционална толеранција на мачењето, нечовечкото или понижувачкото постапување или казнување. Тоа доведува до неодговорни и неефикасни системи на спроведување на правдата кои работат во спротивност со главните начела на владеење на правото и создаваат ситуации на несигурност за граѓаните кои на тој начин ја губат довербата во институциите⁵⁵.

⁵⁵ Ананиев, Ј., Арифи, Б., Габер-Дамјановска, Н., Лазарова – Трајковска, М., Попоска, Ж., Чубриќ, С., Човкови права, Организација за безбедност и соработка во Европа, Мисија во Скопје, 2018, стр. 75

ЗАКЛУЧОК

Нехуманото постапување е она кога жртвата чувствува страв, силен немир и инфериорност, кое е во состојба да ја деградира или понижи. При разгледувањето дали казнувањето или постапувањето било „нехумано“ во рамките на членот 3 од Европската Конвенција, мора да се води сметка за тоа која била целта, односно дали целта на лицето кое нанесува било да се понижи одредено лице и да се деградира, како и тоа дали она кое настапило како последица негативно влијаело на личноста на жртвата, што впрочем е и неспоиво со членот 3. Но, отсуството на таква цел не може во потполност да ја исклучи можноста за кршење на членот 3⁵⁶. Самото утврдување е релативно и зависи од многу придружни околности кои варираат од случај до случај, што впрочем е и случај со утврдувањето и на потребното минимално ниво на суровост.

Фактот што Конвенцијата и нејзините одредби се подложни на проширување на нивниот опсег на важење само ни укажува на фактот дека постои сериозна можност и од продлабочување на вака поставените стандарди кои се однесуваат на забраната за мачење и нехуман третман или казнување и правата содржани во него. Самата пракса на Судот а и апсолутност на одредбата доволно зборуваат дека ниту во иднина не може да дојде до било какво отстапување од она кое е прокламирано во неа. Но, праксата исто така не упатува дека постои константно проширување на опсегот на заштита, што пак со настанување на нови облици и начини на прекршување само ќе изискува и проширување на стандардите поставени со Конвенцијата и праксата на Судот.

Јасноста и прецизноста на одредбата воопшто не ја прави и едноставна за толкување при примена. Затоа постои особена внимателност кога се утврдува за постоење на нехуман или деградирачки третман или казнување или пак примена на тортура. Но, заштитата за која споменавме е широко поставена, само укажува на важноста од негување на физичкиот интегритет на човекот во едно вакво насилно општество како што е денешното и забрана за примена на насилство кое го надминува минималниот праг на суровост, под ниту еден услов.

Затоа, особено е важно да вака поставените механизми најдат своја имплементација како во националните законодавства така и во националните практики при нивната примена.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

6th General Report of the CPT(1996), para.15, and similar comments in 9th General Report of the CPT (1999),para.23.

A and Others v. United Kingdom, application no. 3455/05, judgment of 23 September 1998; Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, application no. 9214/80, 9473/81 and 9474/81, Judgement of 28 May 1985

Ahmed v. Austria, 1996

Aksoy v. Turkey judgment of 18 December 1996, ECHR 1996-VI, Vol. 26, §64.

Beganović v. Croatia, пресуда од 25 јуни 2009 година, бр. 46423/06.

Chahal v. United Kingdom, application no. 22414/93, judgement of 15 November 1996;

⁵⁶ Така и во: Ranninen v. Finske, judgment, 16 December 1997.

- Costello-Roberts v. the United Kingdom, application no. 13134/87, Judgement of 25 March 1993
- Dikme v. Turkey, application no.20869/92, judgment of 11 July 2000, ECHR
- Đorđević v. Croatia, application no. 41526/06, judgment of 24 July 2012;
- Erdal. U. and Bakirci, H. Article 3 of the European Convention on Human Rights, A Practitioner's Handbook, OMCT, Geneva, 2006;
- Eremia v. the Republic of Moldova, application no. 3564/11, Judgement of 28 May 2013
- Fedotov v. Russia, application no. 5140/02, judgement of 25 october 2005;
- Gäfgen v. Germany, application no. 22978/05, judgement of 1 June 2010;
- Greek Case , Commission Report of 5 November 1969, Yearbook 12
- Herczegfalvy v. Austria, judgment, 1992
- Hirsi Jamaa and others v. Italy, judgment, Application no. 27765/09
- Ireland v. The United Kingdom, application no.5310/71, judgment 18 January 1978;
- Kurt v. Turkey, application no. 24276/94, judgment, 25 March 1998
- McCallum v. The United Kingdom, Report of 4 May 1989, Series A no.183, p.29.
- Osman v. United Kingdom, application no. 23452/94, judgement of 29 October 1998;
- Peers v. Greece, Application no. 28524/95, Judgement of 19 April 2001; Dougoz v. Greece, Application no. 40907/98, Judgement of 6 March 2001
- Prosecutor v. Delacic and Others, 16 November 1998, case no.IT-9621-T,§454;
- Prosecutor v. Furundzija, 10 December 1998, case no. IT-95-17/I-T;
- Prosecutor v. Kunarac, 22 February 2001, case no. IT96-23-T and IT-96-23/1,§466.
- Ranninen v. Finske, judgment, 16 December 1997.
- Resolution3452(XXX) adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1975
- Ribitsch v. Austria judgment of 4 December 1995, Reports of judgments and decisions 1996, p.26, §34;
- Rohde v. Denmark, no. 69332/01 (21/10/2005)
- Selmouni v.France, judgment of 28 July 1998, ECHR 1999-V.
- Simović Miodrag, Standardi Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava I osnovnih sloboda o zabrani mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja i zakonodavstvo BiH, Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija, Institut za kriminološka I sociološka istraživanja, Beograd, 2010;
- Soering v. The United Kingdom, judgment of 7July 1989, Series A no.161, §100.
- The prohibition of torture, A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, no. 6, Council of Europe, Germany, 2003;
- Tomasi v.France judgment of 27 August 1992,Series A no.241-A,pp.40-41, §§108-111;
- United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – UNCAT), од 1984 година, (усвоена и отворена за потпишување, ратификација и пристапување со резолуцијата на Генералното собрание 39/46 од 10 декември 1984 година, а која стапи во сила на 26 јуни 1987 година
- V.C. v. Slovakia, application no. 18968/07, judgement of 8 November 2011;
- Valašinas v. Lithuania, Application no. 44558/98, Judgement of 24 July 2001
- X i Y v. Holandije, 26 March 1985, Series A no. 91, pg. 11 - 13, pg. 21–27.
- Z and Others v. United Kingdom, application no. 29392/95, judgement of 10 May 2001;

- Ананиев, Ј., Арифи, Б., Габер-Дамјановска, Н., Лазарова – Трајковска, М., Попоска, Ж., Чубриќ, С., Човекови права, Организација за безбедност и соработка во Европа, Мисија во Скопје, 2018;
- Арнаудовски, Љ., Криминолошки пристап кон деликтите на насилство, Македонска ревија за казнено право и криминологија, Здружение за кривично право и криминологија, год. 20, бр.1, 2013;
- Европска Конвенција за човекови права, Совет на Европа, Рим, 4 ноември 1950 год.
- Забрана за мачење, Прирачник за обука на член од ЕКЧП за македонските судии и обвинители, Совет на Европа, 2018;
- Забрана на тортура, нечовечно или понижувачко постапување или казнување, Преглед на судската практика на Европскиот суд за човекови права, The AIRE Centre and Civil Rights Defenders, 2018;
- Лажетик-Бужаровска, Г., Калајциев, Г., Мисоски, Б., Илиќ- Димоски, Д., Казнено процесно право, Правен факултет „Јустинијан Први“, УКИМ Скопје, 2015, Скопје;
- Разбирање на човековите права, Прирачник за едукација од областа на човековите права, Европски центар за обука и истражување на човековите права и демократијата, уредено од Волфганг Бенедект, 2006;
- Устав на Република Македонија, 1991 год.;

TESTAMENTI FACTIO ACTIVA ET PASSIVA ВО РИМСКОТО И СОВРЕМЕНОТО ПРАВО

Есин Кранли Бајрам

Доцент на научната област Римско право,
Правен факултет „Јустинијан Први“-УКИМ, Скопје

Апстракт

Имајќи го во предвид фактот дека предвидувањето на тестаментот како основ за повикување на наследство датира речиси од самите почетоци на пишаното римско право и дека дури и тогаш биле претпоставени некои услови кои требало да бидат исполнети при неговото составување, прашањето на полноважноста на тестаментот, кое меѓу другото ја предвидува тестаменталната способност како еден од условите, заслужува посебно внимание.

Класичното римско право, поимот *testamenti factio* го врзува за она што посткласичниот период го нарекува *testamenti factio activa*, односно способноста субјектот да состави тестамент. Ваквото разликување, кое како што споменавме, настанува во класичниот период, е резултат на употребата на општиот поим *testamenti factio* и за означување на способноста на субјектот да биде именуван за наследник. Оттука, за дицтинкцијата да биде јасна, во посткласичниот период, поимот *testamenti factio activa* ја означувал способноста за субјектот да состави тестамент, додека *testamenti factio passiva* способност да се биде тестаментален наследник.

Во таа смисла и нашиот законодавец низ неколку членови од Законот за наследувањето јасно ги пропишува условите за полноважност на тестаментот. Сублимирано тоа е способноста на оставителот да состави тестамент (*testamenti factio activa*), свесната и слободна изјава на волја (*animus testandi*) и формата на тестаментот.

Овој труд се занимава со детална експликација на активната и пасивната тестаментална способност, а со тоа и способноста на субјектот да се јави во улога на тестватор или тестаментален наследник во римското и современото право.

Клучни зборови: *тестаментално наследување, testamenti factio activa, testamenti factio passiva*

THE *TESTAMENTI FACTIO ACTIVA ET PASSIVA* IN ROMAN AND CONTEMPORARY LAW

Esin Kranli Bajram

Assistant professor on Roman Law, Faculty of Law “Iustinianus Primus”-
Ss. Cyril and Methodius University in Skopje

Abstract

Having on mind the fact that the will as a basis for reference to the inheritance, dates from the very beginnings of the written Roman law and that even then there were assumed some conditions that should have been fulfilled in its construction, the question of the validity of the will, which among the other envisages the ability of the testator to compose a will as one of the conditions, deserves a special attention.

Classical Roman law relates the term *testamenti factio* to what the post-classical period calls *testamenti factio activa*, that is, the ability of the subject to compose a *testamentum*. This distinction, which, as we mentioned, arises in the classical period, is the result of the use of the general term *testamenti factio* and for denoting the ability of the subject to be named as a successor. Hence, for the distinction to be clear, in the post-classical period, the term *testamenti factio activa* signified the ability of the subject to compose a testament, while *testamenti factio passiva* the ability to be a testamentary successor.

In that sense, our legislator clearly sets out the conditions for the validity of the will, through several articles of the Law on Inheritance. In summary, it is the ability of the testator to assemble a *testamenti factio activa*, a conscious and free statement of will (*animus testandi*) and the form of the will

This paper deals with a detailed explication of the active and passive testamentary capability of the person and hence the ability of the subject to appear as a testator or testamentary successor in Roman and modern law.

Key words: *testamentary succession, testamenti factio activa, testamenti factio passiva*

Вовед

Класичното римско право, поимот *testamenti factio* го врзува за она што посткласичниот период го нарекува *testamenti factio activa*, односно способноста субјектот да состави тестамент. Ваквото разликување, кое како што споменавме настанува во класичниот период, е резултат на употребата на општиот поим *testamenti factio* и за означување на способноста на субјектот да биде именуван за наследник. Оттука, за разликувањето да биде јасно, во посткласичниот период, поимот *testamenti factio activa* ја означувал способноста за субјектот да состави тестамент, додека *testamenti factio passiva* способност да се биде тестаментален наследник.

Експликацијата на наведените поими е исклучително прецизна во изворите на римското право. Имено, од идејата на старите римски правници пред се за тестаментот

како еден од основите за повикување на наследство, произлегува и потребата да се одговори на прашањето: за кого и под кои посебни услови се резервирани активната и пасивната тестаментификација.

1. *Testamneti factio activa*, активна тестаментална сопственост, способност за составување на тестамент

Одговорот на прашањето кој може да биде носител *testamenti factio activa*, е тесно врзан за својствата на субјектите, во смисла на исполнување на определени услови. Нема сомнеж дека активната тестаментална способност била резервирана за римските граѓани со *status civitatis*, со оглед на фактот што сочинувањето на тестаментот, особено во раните фази, е врзано токму за правилата на *ius civile*, со кое можеле да се служат исклучиво римските граѓани¹. Покрај тоа, лицето кое составувало тестамент, морало да биде *sui iuris* и да биде полнолетно. Во суштина, ваквите правила за можноста на субјектот да состави тестамент се условени од фактот дали лицето е во состојба да изјави правно релевантна волја, па според тоа и лицата кои немале деловна способност или таа им била делумно ограничена², не биле ниту носители на *testamenti factio activa*.

D. XXVIII, 1,2 *In eo qui testatur eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est*

Правилото кое определувало дека лицата *sui iuris* се носители на *testamenti factio activa*, сепак било дерогирано во случајот на женските лица кои биле *sui iuris*, но и во случајот

¹ Не треба да се превиди фактот дека можноста за составување на правовалиден тестамент им била достапна уште на неколку категории лица кои не припаѓале на категоријата *cives romani*.

Имено, познавајќи го фактот дека за *Latini prisci(veteres)* *Latini colonarii(novi)* било достапно користењето на *ius commercium* (право да се служат со установите на римското имотно право), а *mancipatio* е еден негов институт, не упатува на заклучокот дека и овие категории на лица имале *testamenti factio activa*. Покрај нив, во извесна смисла ограничено, вакво право имале и *servi publici*, на кои им било овозможено правото на располагање на половина од својот имот.

² Активна тестаментална способност заради недостигот на деловна способност немале малолетниците (*impuberes*), душевно болните лица (*amentes, dementes, furiosi*), расипниците (*prodigi*), лицата кои одбиле да сведочат за нешто што го виделе или чуле (*intestabiles*), неверниците и апостатите, но и глувонемите лица, кои заради својот физички хендикеп не можеле да го исполнат условот строго определена форма која правото ја предвидувало. Сепак, последнава категорија, добила можност да составува писмен тестамент според Јустинијановото законодавство, ако хендикепот не бил од раѓање.

Ulp. Frag. tit. 20 s1310. *Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed divus Augustus [Marcus] constituit, ut filius familiae miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit. 11. Qui de statu suo incertus est factus, quod patre peregre mortuo ignorat, se sui iuris esse, testamentum facere non potest. 12. Inpubes, licet sui iuris sit, facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum iudicium animi habet. 13. Mutus, surdus, furiosus, item prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest; furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua re possit; prodigus, quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest. 14. Latinus Iunianus, item is, qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest: Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitus est; is autem, qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suae testetur. 15. Feminae post duodecimum annum aetatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela sunt. 16. Servus publicus populi Romani partis dimidia testamenti faciendi habet ius.*

на машки лица *alieni iuris* кои заради својата воена или јавна служба добивале *peculium castrense* или *peculium quasicastrense*, со кои можеле слободно да располагаат. За жените, иако ги исполнувале условите предвидени за активна тестаментифакција, можноста за располагање со својот имот речиси секогаш била забранета или ограничувана. Така, во времето кога била задолжителна установата *tutela mulierum*, тие или воопшто не можеле да составуваат тестамент³, или тоа можеле да го прават со согласност на своите тудори од времето на Хадријан, за на крајот со укинувањето на тудорството врз жените да добијат полно *testamenti factio activa*⁴.

Уште една околност што незаобиколено треба да се спомене е тоа што римското право предвидувало полноважноста на сочинетиот тестамент ако тестаторот имал *testamenti factio activa* од моментот на составувањето непрекинато до моментот на смртта на тестаторот⁵.

³ Ова право не можеле да го имаат и заради фактот што не можеле да учествуваат во работата на *comitia curiata* (што било нужно за составување на *testamentum calatis comitiis*). Во овој период, единствене можност за тестаментално располагање *sui iuris* женските лица наоѓале во изигувањето на правите норми, преку склучување на привиден *manus* брак познат уште и како *coemptio faciendi testamenti causa* или *coemptio in manum*, *filia vero nihilo minus in tutela permanet: Tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt: Itaque etiam lege XII tabularum cautum est*

Покрај тоа, во прилог на ставот на римското право дека на жените не треба да им се дава вакво право, оди и фактот што располагањето на оставината со тестамент во најстаро време е врзано со пренесувањето на *patria potestas*, која пак била ексклузива за машките членови на семејството.

⁴ Gaius, I.145. *Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilo minus in tutela permanet: Tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt: Itaque etiam lege XII tabularum cautum est*

Cic. *de Rep.* III.10 (17) *Genera vero si velim iuris institutorum morum consuetudinumque describere, non modo in tot gentibus varia, sed in una urbe, vel in hac ipsa, milliens mutata demonstrem, ut hic iuris noster interpretis alia nunc Manilius iura dicat esse de mulierum legatis et hereditatibus, alia solitus sit adulescens dicere nondum Voconia lege lata; quae quidem ipsa lex utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniuriae. cur enim pecuniam non habeat mulier? cur virgini Vestali sit heres, non sit matri suae? cur autem, si pecuniae modus statuendus fuit feminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patri esset, aeris milliens salva lege, mea triciens non posset'*

Testamenti factio activa одсекогаш им било признавана на Девиците Весталки, но и на жените со *ius liberorum*, според Августовото брачно законодавство. *Virgo vestalis*, или свештеничките на божицата Веста бил свештенички ред составен најпрво од четири, а подоцна од шест свештенички по две за трите Римски племиња, чија должност се состоела во чувањето на вечниот оган, симболот на постојаноста и трајноста на римската држава. Критериумите за избор биле исклучително строги, а со нивниот живот раководел *pontifex maximus*, со овластувања слични на *patria potestas*. Нивната можност да составуваат тестамент за време на животот на нивниот татко(но и да склучуваат други правни работи без одобрение на тудор), се спомнува уште во *Leges regiae*, но и во *Lex XII Tabularum*(V,1). Интересно е да се спомене дека почитувањето на култот на Веста(со извесни измени особено во начинот на пристапувањето на редот на весталките), продолжил и по Миланскиот едикт. Затворањето на храмот на Веста бил повод за дефинитивниот крај на ваквата традиција за време на Теодосие во 394 година. Види Žika Vujklič, *Forum Romanum* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2006)580-586.

⁵ Во врска со ваквата определба, исклучок постои кај лицата кои биле паѓале во ропство кои губејќи го својот статус заради *capitis deminutio maxima*, важела правната фикција дека лицето умрело во моментот на губењето на граѓанскиот статус, така што важечки би бил тестаментот кој евентуално бил составен во време кога бил носител на правото за составување на тестамент. Во корист на овие лица, во предвид се земала и установата *postliminii*, која значела занемарување на последиците од

Нормите кои се однесувале на определувањето дали субјектот е носител на *testamenti factio* биле *ius cogens*, што упатува на заклучокот дека се независни од волјата на субјектите⁶.

2. *Testamenti factio passiva*, способност да се биде тестаментален наследник

Како што веќе беше напоменато во излагањето за активната тестаментифакција, овие два поими конечно ги раздвојува пандектното право, заради фактот што генеричкиот назив кој се употребувал *testamenti factio* (кој првично се однесувал на способноста за составување на тестамент) не ги задоволувал потребите од прецизно разликување, со оглед на фактот што постојат разлики помеѓу нив. Заради тоа, придавката *passiva*, треба да се разбере како знак дека во случајот на способноста да се биде наследник нема дејствие на некакво чинење (*factio*), туку само својство на *capacitas*⁷.

Во таа смисла пасивната тестаментифакција се однесува на способноста на субјектот да се јави во улога на тестаментален наследник. За разлика од *testamenti factio activa*, овој поим е поширок. Така, не се барало лицето да биде *sui iuris*, што значи дека како тестаментални наследници во предвид можеле да дојдат и робовите чии господари имале пасивна тестаментифакција и кои во тестаментот ја добивале и својата слобода⁸. Како тестаментални наследници можеле да бидат определени и туѓи робови, кои наследството го примале само со согласност од својот господар, кој во крајна линија станувал сопственик на наследството посредно преку својот роб⁹.

Ваквата, навидум „напредна“ идеја за признавање на пасивна тестаментифакција на робовите, всушност ја крие користа што во овие случаи ја имале нивните господари. Имено, тестаторот најчесто ги именувал своите робови за наследници, во случаите кога бил презадолжен (*heredatio damnosa*) и бидејќи во ваквите случаи ослободениот роб станувал *heres necessarius* (не можел да го одбие наследството¹⁰), врз него била проследувана господаровата *infamia*. Во случајот на именување за наследник на туѓ роб, пак стекнувањето на наследството на неговиот господар преку робот била крајната цел.

capitis deminutio и целосно враќање во поранешна состојба (правна фикција која претпоставувала дека неповолната состојба никогаш не настанала). Истото важело и за лица кои од *sui iuris* по пат на *adrogatio*, во текот на својот живот станале *alieni iuris*. Имено, доклоку составиле важечки тестамент во време кога имале *testamenti factio activa*, и во часот на смртта повторно станале *sui iuris*, тој се сметал за полноважен

⁶ Dig.28.1.3 *Papinianus libro 14 quaestionum Testamenti factio non privati, sed publici iuris est.*

⁷ Види Жика Бујуклић, op.cit., 293

⁸ *Gaius. II.186. Sed noster servus simul et liber et heres esse iuberi debet, id est hoc modo: STICHVS SERVVS MEVS LIBER HERESQVE ESTO, uel: HERES LIBERQVE ESTO.* Јустинијановото законодавство го претпоставувало ослободувањето на робот во тестаментот, доколку тој се именувал за наследник, без посебно да се нагласи давањето на слобода

⁹ Dig.28.5.3 *Ulpianus libro tertio ad Sabinum pr. Servus alienus vel totus vel pro parte sine libertate heres institui potest. 1. Si servum meum pure heredem scripsero, sub condicione liberum, differtur institutio in id tempus, quo libertas data est.*

¹⁰ Dig. 28.5.30 *Ulpianus libro 21 ad edictum. Pignori obligatum servum necessarium domino posse fieri imperator Severus rescripsit, ita tamen, si paratus sit prius creditori satisfacere.*

Историски била условена *testamenti factio passiva* на женските лица. Во најстарото доба, тие не можеле да бидат наследници со оглед на фактот што не можеле да го наследат *pater familias* на неговата семејна позиција. Подоцна, според одредбите на *Lex Voconia*¹¹, женските лица не можеле да бидат тестаментални наследници на сенаторите, освен ако не биле нивни ќерки, сопруги или девици Весталки. Конечно, потполната способност да се јават во улога на тестаментални наследници, жените ја добиваат според правилата на Јустинијановото законодавство.

PS. 4, 8,20. *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur; idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum; ceterum lex XII tabularum sine ulla discretione sexus cognatos admittit*

Жените не се повикуваат на наследство ако се подалечни од сестри по таткова лоза; се чини дека тоа е прифатено во цивилното право по *Lex Voconia*; иако Законот на XII таблица дозволува наследување на агнатите без оглед на полот.

Ограничувања на способноста да бидат тестаментални наследници постоела и во случаите на т.н. недоволно определени лица *personae incertae* каде се вбројувале правните лица¹², божествата и *postumus*¹³. Покрај нив, класичното право за неважечко сметало и назначувањето за наследник чиј точен идентитет не можел однапред да се утврди, додека посткласичното право им ја одзема ваквата способност на еретиците.

UE. 22, 5. *Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant. Senatus consulto tamen concessum est, ut libertis suis heredes institui possint*

Ни градските општини ни општинарите не можат да бидат именувани за наследници, бидејќи се работи за неодреден субјект, а сите не можат нити свечено да го прифатат наследството, нити да ја вршат улогата на наследник со што би станале наследници. Сепак, со сенатско мислење е утврдено дека можат да ги имануваат за наследници нивните ослободеници¹⁴.

¹¹ Овој закон бил донесен 169г. п.н.е. по предлог на *Voconius Saxa*, плебејски трибун, кој добил поддршка од Катон Стариот додека бил конзул и се однесува на ограничувањето на женските лица да се јават во улога на тестаментални наследници.

¹² Во однос на ваквиот став, во прилог оди фактот што за време на класичното право, сеуште не бил докрај јасно оформен поимот на правните лица. Заради сфаќањето дека правното лице е збир од физички лица, кои го сочинувале неговото членство (а тој состав бил подложен на промени), Римјаните сметале дека правните лица се „неодредени“. Апстрактната смисла за поимот на правното лице, сфатено како во модерното право, се развило подоцна.

Според тоа, со оглед на фактот што државата се сметала за правно лице, таа секогаш можела да се јави во улога на тестаментален наследник, но според *ius imperium*. Понатаму, колективите и здруженијата чија појава во римскиот правен поредок се смета за зачеток на современите пандани-правните лица, правото да наследуваат го добивале постепено, особено завреме на периодот после прогласувањето на христијанската религија за официјална, кога било дозволено црквите, некои верски фондации да имаат *testamenti factio passiva*

¹³ Имено, *postumi sui*, зачатно но неродено дете одсекогаш го уживало правото да биде именувано за тестаментален наследник на презумптивниот татко. Екстензивното толкување на ваквата можност ги опфатило и посмртчињата на тестаторовите синови кои биле под непосредна *patria potestas* тестаторот.

За посмртчињата кои не припаѓале во овие групи правото дозволувало *bonorum possessio secundum tabulas*

¹⁴ Исклучокот се однесува на ослободениците на градските општини, кои можеле како наследници да ги именуваат градските општини.

Недостатокот на способноста да се биде тестаментален наследник, правилата на римското наследно право го препознаваат и во уште некои ситуации, со таа разлика што се работи за лица кои имаат *testamenti factio passiva*, значи можеле да бидат именувани како наследници во тестамент, но не можеле да го стекнат или задржат наследството кое би тербало да им припадне. Во оваа група се вбројувале лицата за кои важеле одредбите на Августовото брачно законодавство(кадукарните закони¹⁵, *Lex Iulia et Papia Poppaea*)¹⁶, *Latini Iuniani*, како и *feminae probosae*(проститутки, актерки, жени чиј морален профил бил сомнителен),сите означувани уште и со терминот *incapaces*¹⁷. Сличност според правната последица со категоријата *incapaces*, се и лицата кои дури и можеле да го стекнат наследството¹⁸, но заради недостојност, *indignitas*, не можеле да го задржат¹⁹. Така, на назначените во тестамент наследници, заради причините кои ги правеле недостојни да го задржат наследството, тоа им било одземено²⁰ во корист на фискусот. Што се однеува до причините кои биле сметани за релевантни при прогласувањето на наследникот за недостоен, тие зависеле од меѓусебниот однос тататор-тестаментален наследник. Како причини најчесто се сметале убиството на оставителот, спречувањето на откривањето на убиецот на оставителот, попречувањето на оставителот слободно да ја изрази својата волја во тестаментот како и вложувањето на *querella inoficiosi testamenti*²¹ која се покажала како неоснована.

Во сите случаи каде постоела *testamenti factio passiva*, таа требала да биде својство на тестаменталниот наследник и во времето кога тестаментот бил составен, и во време на делацијата па се до аквизицијата на наследството.

3. Способноста за составување на тестамент и способноста да се биде наследник според решенијата на современото македонско наследно право

Имајќи го предвид фактот дека предвидувањето на тестаментот како основ за повикување на наследство датира речиси од самите почетоци на пишаното римско право и дека дури и тогаш биле претпоставени некои услови кои требало да бидат исполнети при неговото составување, прашањето на полноважноста на тестаментот, како резултат на што може да дојде до реализација на неговите одредби, заслужува посебно внимание.

¹⁵ називот доаѓа од *caducus*, она што отпаѓа, заради делот од оставината кој отпаѓал на супститутите или државната благајна(види во следната фуснота)

¹⁶ **Gaius. II.111. *Caelibes quoque, qui lege Iulia hereditates legataque capere uetantur, item orbi, id est qui liberos non habent, quos lex [. . . . fol. deperd., vv. 21 exceptis frustulis paucis legi nequeunt]*** Споменатиот закон се однесувал на ограничувањата предвидени за жени на возраст од 20 до 50 години и мажи од 25 до 60 години кои или не биле во брак (*celibes*), заради што не можеле да добијат ништо од оставината, или лица кои живееле во барак, но немале деца (*orbi*), кои пак можеле да добијат само половина, додека меѓусебно можеле да се именуваат за тестаментални наследници само за десеттина од оставината. Преостанатиот дел останувал на супститутите, а во случај да немале деца или немало супститути, оставината припаѓала на фискусот.

¹⁷ *capere non possunt*, оние кои немале способност. Ваквата квалификација е укината во Јустинијановото законодавство, пред се заради христијанскиот целибат. На крајот, се однесувала само на спомените жени со сомнителен морал, бидејќи и *Latini Iuniani* повеќе не постоеле како категорија.

¹⁸ покрај тоа што имале *testamenti factio passiva*, тие имале и *capacitas*

¹⁹ *Indignus potest capere, non potest retinere*, *Недостојниот може да ја стекне, но не и задржи(оставината)*

²⁰ *erripere, auferre*. . Оставината која била одземена во корист на државата уште се нарекувала *bona ereptoria*. Marijan Horvat, op.cit.,144

²¹ Види кај нужно наследување

Во таа смисла нашиот законодавец низ неколку членови од Законот за наследувањето јасно ги пропишува условите за полноважност на тестаментот. Сублимирано тоа е способноста на оставителот да состави тестамент (*testamenti factio activa*); свесната и слободна изјава на волја (*animus testandi*) и формата на тестаментот.

Testamenti factio activa, односно способноста за составување на тестамент како еден од условите за полноважност на тестаментот датира од времето на римското право. За волја на вистината, за разлика од решенијата на освременото наследно право, активната тестаментифакција во римското право била пред се резервирана за римските граѓани кои имале полно *ius commercii*²² и требало таа да постои не само во време на составување на тестаментот, туку за целиот живот на оставителот.

Во однос на тоа како се дефинира способноста за составување на тестамент, тоа може да се стори од аспект на формалната и од аспект на материјалната компонента. Така, под способност за составување на тестамент се подразбира способноста да се состави тестамент или способноста да се состави, промени и отповика тестамент (достигната возраст и способност за расудување) во материјална смисла како и способност за самостојно составување на тестамент во формална смисла²³.

Според тоа, тестаментлната способност може да се третира или како специјална правна способност или како дел на деловната способност. Во првиот случај, становиштето се темели ан фактот што правната способност се стекнува со раѓањето, а тестаменталната по исполнување на условите (возраст и способност за расудување) и заради тоа треба да се смета како специјален вид на правна способност. Втората концепција тестаменталната ја врзува за деловната способност на субјектот заради фактот дека и тестаментот е правно дело како и останатите за чие составување потребна е токму деловната способност²⁴.

Она што е неспорно во решенијата на современите права е врзувањето на способноста за составување на тестамент, со способноста на субјектот за расудување. Во нашето позитивно право определувањето на способноста за расудување не е прецизно определено, како субјективна карактеристика на физичките лица, наспроти прецизно поставената возрасна граница²⁵. Заради тоа се смета дека секое лице кое навршило 15 години е способно за расудување, доколку не постојат околности кои предизвикуваат неспособност за расудување²⁶. Во суштина, способноста за расудување се врзува со психолошката подготвеност на лицето да разбере што значи дејствието што го презема и какви последици од тоа дејствие можат да произлезат²⁷. Со други зборови, се работи

²² *cives romani* кои биле *sui iuris* и биле полнолетни.

²³ Формалната способност била карактеристична за римското право бидејќи единствено со преземање на дејствија лично од страна на тастаторот можел да биде составен тестамент. Современите правни системи кои ги познаваат јавните тестаменти, ја напуштаат концепцијата на формална појмовна определеност на тестаменталната способност. Детално за ова види кај: Slavko Marković. *Odnos testamentalne prema pravnoj i poslovnoj sposobnosti*. Zbornik radova pravnog fakulteta u Nišu. (Niš: Pravni fakultet u Nišu. 1974)159-160

²⁴ Slavko Marković. *op.cit.*,165-166

²⁵ ЗН чл.62 ст.1 гласи,, Тестамент може да состави секое лице способно за расудување коешто на наполнило 15 години“

²⁶ причините можат да бидат различни: ментално (душевно) нарушување, користење на алкохол, дрога и сл.

²⁷ Овој субјективен услов во практиката честопати е спорен, бидејќи при утврдувањето потербни се стручни анализи кои во предвид ги земаат сите околности кои можат да влијаат на нивото на

за волјата како психолошка појава која се манифестира како свесна насоченост на чинењата за постигнување на определена цел²⁸

Во оваа прилика треба да се спомене и една специфична ситуација која може да се јави кај лицата со нарушено ментално здравје, а тоа е појавата на тн.*lucida intervalla*, позната и за старите Римјани. Светлите моменти, што кај овие лица можат да се јават во подолги или покуси интервали, во суштина се подобрувања на нивната состојба, до ниво на кое тие можат непречено да расудуваат. Заради тоа, во ваквите случаи треба да се дозволи можноста и тестаментите, како и останатите правни дела во кои можат да учествуваат овие лица, да се сметаат за поноважни, доколку се составени во *lucida intervalla*²⁹.

Генерално, според прописите на нашето право активната тестаментифакција се врзува за способноста за расудување во погоре наведената смисла, што е еден од потребните услови за признавање на општа деловна способност на субјектот, како и за достигнувањето на определена возраст. Но, предвидувањето на 15 годишна возраст за стекнување на способност за составување на тестамент, не се поклопува со границата од 18 потребна за деловната способност. Ваквото решение на законодавецот се темели на фактот дека според позитивните прописи и трудовата способност се стекнува со навршени 15 години.

Кумулативното исполнување на наведените услови во моментот на сочинувањето на тестаментот (ЗН чл.62 ст.3), го сместува субјектот во категоријата лица кои имаат способност за составување тестамент³⁰, а со тоа исполнет е еден од условите за полноважност на тестаментот.

Неспособноста за составување на тестамент заради наведените причини, може да повлече барање од страна на лице кое има правен интерес за негово поништување во рокови прецизно утврдени во ЗН чл.64 ст.1

3.1 Оставител

Теоријата за наследното право нема сомнежи околу дефиницијата за поимот оставител. Имено, тргнувајќи од прописите на римското право, за оставител се смета физичкото лице кај кое настапила смртта, а кое поседува наследливи права и обврски.

способност за расудување. На пример, не сите душевни болести се со трајни последици. Исте случајот и кај последиците предизвикани од алкохолизам или психотропни супстанции, така што способноста за расудување треба да се цени само со оглед на состојбата во конкретниот момент. Види Љиљана Спировиќ-Трпеновска, *Услови за полноважност на тестаментот*, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ - Скопје во чест на проф. д-р Ѓорѓи Марјановиќ (Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“, 2010) 518-519

²⁸ Види Dragica Živojinović. *Uticaј mentalne rezerve na punovažnost zaveštanja*. Pravni život br. 10-2003. 215

²⁹ Ставовите околу вакавата ситуација во современата наука се дијаметрално спротивни. Од оние кои светлите моменти не се доволен основ лицето да се смета за способно за расудување, до оние кои ја следат традицијата на Римјаните, на признавање на полноважност на правните дела создадени во тие интервали. Ibid

³⁰ За потсетување, *testamenti factio activa* требаше да постои до крајот на животот на оставителот, за да може тестаментот да се смета за правовалиден според правилата на римското право. Овој став е напуштен, иако има свое оправдување. На пример, губењето на способноста за расудување после составувањето на тестаментот, практично го оневозможува оставителот да го искористи правото на отповикување или составување на нов тестамент, што пак е основно својство и загарантирано право на оставителот

Оваа едноставна формулација упатува на тоа, дека за да може да се зборува за наследно-правни односи, нужна претпоставка е настапувањето на смртта кај еден субјект на правото. Оттука и јасната дистинкција помеѓу наследното право со дејство *mortis causa*, наспроти стварното и облигационото со дејство *inter vivos*.

Значи, во улогата на оставител може да се јави исклучиво физичко лице, бидејќи наследно-правни односи не настануваат во случај на престанок на правно лице³¹. Што се однесува до прашањето за евентуално ограничување на кругот на физичките лица кои можат да бидат оставители, не може да стане збор за системите чиј основен принцип е рамноправноста³². Според тоа, без оглед на припадноста кон определен етникум, пол, раса, вера и слично, едно физичко лице може да се јави во улога на оставител, доколку поседува права и обврски (оставина) која може да се наследува.

Покрај физичката смрт, која е определена според правилата на граѓанското право, како оставител може да се јави и лице кое е прогласено за умрено, исто така според правилата определени за овој вид на постапка. Ваквото решение е содржано во членот 120 од ЗН.

Сумарно, способноста на едно физичко лице да се јави како оставител се поклопува со неговата општа правна способност³³, иако, во суштина лицето ќе стане оставител во моментот кога престанува неговата правна способност.

Теоријата посебно се занимава и со определувањето на точниот момент на смртта како факт кој е релевантен за настанок на определени правни последици. Во тој момент, како што веќе споменавме, настапува отворањето на наследството(делацијата) и во исто време, според нашето законодавство, преминувањето на оставината на наследниците³⁴. Логично, тој момент е релевантен и за определувањето на основните претпоставки за формирање на наследно-правните односи како кругот на наследниците³⁵(интестатски или тестаментални), и составот на оставината³⁶.

Оваа претпоставка за настанување на наследноправни односи и нивните последици е релативно лесна за утврдување кога станува збор за природна смрт која се докажува со извод од матичната книга на умрените, кој се составува врз основа на потврда од здравствена установа или со исказ од двајца полнолетни сведоци при пријава на смртта кај матичарот.

Многу покомплицирана е постапката за прогласување на исчезнато лице за умрено која се темели на низа претпоставки, кои заради можноста да бидат побинени, можат да

³¹ прописите од оваа област немаат допирни точки со наследното право.(стечај, ликвидација)

³² види ЗН чл.3

³³ Види Љиљана Спировиќ-Трпеновска, *op.cit* 33. Значи во моментот на стекнувањето општа правна способност(раѓање) стекнува способност во иднина да се јави како оставител(смрт, прогласување на лице за умрено)

³⁴ ЗН чл.127

³⁵ ЗН чл.122 ст.1

³⁶ Во таа смисла, моментот на смртта е релевантен за роковите за застареност кои течат од тој момент, последните 90 дена кај дадените подароци(чл.38 ст.1 и чл.39 од ЗН), достоинста на наследниците(чл 123 и 124 од ЗН), како и определувањето на правата на *nasciturus*(чл.122, ст 2 од ЗН). Сепак, се чини дека римската претпоставка дека *nasciturus iam pro nato habetur*, ќе претрпи извесни проширувања, со вментнување и на постхумно зачатите деца, под определени услови

предизвикаат низа последици кои се однесуваат како на кругот на наследниците, така и на составот на оставината³⁷.

Во оваа прилика, треба да се спомене и ставот на нашето позитивно право околу т.н комориенти(*comorientes*). Имено, правната фикција за моментот на смртта во случајот на комориентите потекнува од римското право. Заради општествените прилики, ставот на римското право околу тоа кој кого наследува во случаите кога по повод иста несреќа(*vis major*), умираат лица кои меѓусебно се наследуваат, зависи од припадноста на лицата кон определен општествен слој. Сепак, во предвид доаѓала теоријата која не е непозната и во некои далеку пососвремени системи, според која се смета дека помладите ги наследуваат постарите односно машките ги надживуваат женските лица. Сепак, системите кои предвидуваат приоритет на комориентите според некои лични својства, се повеќе се ревидираат во насока на оние кои сметаат дека комориентите умреле во ист момент и заради тоа не се наследуваат меѓу себе.

Според актуелната состојба, ЗН не содржи норми кои се однесуваат на оваа ситуација, што секако може да се протолкува како извесен недостаток како во теоретска, така и во практична смисла. Затоа, веројатано е дека законодавецот е на пат да го избере второто решение во врска со комориентите, според кое, заради неможноста да се утврди точниот момент на смртта, овие лица нема да се наследуваат меѓусебно(ќе се смета дека умреле во ист момент)³⁸.

Со оглед на тоа што централен интерес на овој труд е конкретно тестаменталното наследување, како предлог кој во иднина би требало да биде разгледан, ќе ја наведеме и потребата од термилошко унифицирање на поимот оставител, тогаш кога постои тестамент како основ за наследување. Според тоа, корисно би било терминот „завештател“ кој се употребува во одредбите што се однесуваат на тестаменталното наследување, да биде заменет со терминот „тестатор“, бидејќи последната изјава на волја за распределба на имотот се нарекува „тестамент“ а не „завештание“. Покрај ваквото решение, во предвид може да дојде и едноставно терминот „оставител“ и во случај на интестатско и на тестаментално наследување³⁹.

3.2 Наследник

Третата алка во наследно-правниот однос ја чини наследникот или наследниците(вообичаено има повеќе од еден). Погоре веќе напоменавме дека во

³⁷ Види повеќе Закон за вонпарнична постапка, Службен весник на РМ бр. 9 од 18.01.2008 година Прогласување на исчезнато лице за умрено и докажување на смрт чл.74-92. Во однос на природата на вонпарничната постапка, која патем не постоела во Рим, умесно е да упатиме дека се работи за правни правила кои се однесуваат на различни вонпарнични работноодносно ситуации од областа на граѓанското право во кои за засновање, промена или престан на субјективни права, за зачувување на една правна ситуација или за ставање во дејство на граѓанските субјективни права, покрај изјавата на волја на титуларот, потребни се и дејствија на судот. Види Гордана Станковић. *Граѓанско процесно право*. (Ниш: 1998). 24

³⁸ Види Комисија за семејно и наследно право, *op.cit.* 115

³⁹ Јазичката редакција на идниот текст на ЗН, според нас е нужно потребна пред се заради поставување на стандард околу прифатените називи на институтите. Имено Законодавецот ќе треба да биде доследен во користењето на одредени поими без оглед дали ќе ги прифати оние кои се резултат на влијанието на јазиците на земјите со кои до скоро време Р.Македонија беше во составот на заедничката држава, дали ќе ги прифати називите кои водат потекло од римското прао или ќе се обиде да пронајде термини кои изворно се користеле во мекедонскиот јазик

најопшта смисла наследникот се јавува како правоприменик на оставината во моментот на смртта на оставителот. Сфаќањата на старите Римјани дека наследникот стапува на местото на покојниот како продолжувач на неговата личност и неговиот субјективитет, логично, во денешни услови е надминато. Ова поради фактот што современите права, а во таа смисла и нашето, под поимот наследување подразбираат пренос на имотните права и обврски, а не и на личните својства или општествени статус на оставителот.

Затоа, според нашето право под наследник се подразбира секое физичко или правно лице кое се јавува како правоприменик на оставината, врз основа на законски пропишаните услови.

Во таа смисла, како наследници се сметаат и лицата кои се универзални и лицата кои се јавуваат како сингуларни сукцесори. Она што на прв поглед може да се воочи е една битна разлика околу кругот на субјектите кои можат да бидат оставители (само физичките лица) наспроти оние кои можат да бидат наследници, физички и правни лица. Треба сепак да се напомене дека правните лица, во улога на наследници можат да се јават само тогаш кога се именувани за тестаментални наследници. Значи, правните лица можат да бидат наследници само тогаш кога основот за повикување на наследство е тестаментот на оставителот.

Условите кои треба да ги исполнат наследниците, ЗН ги регулира најопшто во чл.122, одредувајќи дека наследник може да биде физичко лице кое е живо во моментот на делацијата (ст.1); зачатно, но неродено дете доколку се роди живо (ст.2) и правно лице кое може да биде само тестаментален наследник (ст.3).

Оттука, секое физичко лице, кое е живо во моментот на смртта на оставителот, ќе се смета за способно за наследување и кое би наследило доколку не е недостојно за наследување (ЗН чл.123-124). Така, способноста за наследување се стекнува во моментот на раѓањето на физичкото лице, момент кој се смета и за стекнување на правната способност. Значи секое живо родено физичко лице кое било живо и во моментот на делацијата, може да го има својството на наследник, без оглед дали е способно за живот и колкав временски период било живо.

Што се однесува до правните лица, како тестаментални наследници можат да се јават доколку постојат во моментот на смртта на оставителот, односно доколку правното лице е запишано во централниот регистар на правни лица.

На оваа определба во извесна смисла противречи чл.99 од ЗН, кој ја предвидува можноста оставителот со тестамент да определи дека неговата оставина во целина или во еден дел треба да се искористи за постигнување на определена цел (ст.1), односно би можел да определи засновање на задружина, кое како правно лице треба да се запише во регистарот после дадено одобрение (ст.2). Ваквата ситуација значи дека како наследник ќе се јави правно лице кое не постои во моментот на делацијата. Сепак теоријата смета дека наследувањето настапува во моментот на смртта *de iure*, иако *de facto* тоа се случува кога задружината ќе биде заснована.

Аналоген е ставот на теоретичаирите и во случаите кога во тестамент именуваното правно лице е во постапка за засновање која не е завршена, но само тогаш кога пречката за засновањето не е суштинска.

Треба да се забележи дека во нашиот ЗН не постојат одредби кои се однесуваат на квалифицирањето на наследниците за неспособни⁴⁰. Ова пред се заради прокламираната рамноправност во наследувањето, но и заради фактот што вакавата практика е надмината во современите наследни системи.

За потстеување, римското право, способноста за наследување ја врзувала за припадноста кон определна општествена група или некои лични својства на поедниците. Неспособност за наследување, историски постоела и во првите граѓански законици, како и во нашите постари Закони за наследување како резултат на ставот дека правото на наследување е врзано за признавањето граѓански права, а тие можеле да бидат ограничени заради различни својства или припадност на субјектите⁴¹.

Покрај способноста, за реализација на наследните права кај наследникот не треба да биде присутна недостојност за наследување. Законскиот текст низ чл.123 и 124 од ЗН, во целост го уредува прашањето за утврдување на недостојност на наследниците. Од анализата на чл.123 може да се заклучи дека причина за недостојност кај наследникот може да биде определено однесување на наследникот спрема оставителот кое се смета за несоодветно. Значи во ваква ситуација може да дојде предвид само субјективниот однос помеѓу конкретните оставител и наследник, без оглед дали се работи за интестатско или тестаментално наследување.

Квалификацијата недостојност се однесува исклучиво на конкретен случај и спрема конкретен оставител. и не мора да значи дека наследникот кој еднаш спрема некој оставител бил прогласен за недостоен, ќе биде таков и спрема друг оставител.

Што се однесува до причините кои предизвикуваат недостојност, тие се дадени *numerus clausus*, во чл 123 и притоа, невозможно е екстензивно толкување на ваквите норми. Тие се однесуваат на смислено лишување или лишување од живот на оставителот; присилно со закана или измама наведување на оставителот да направи или отповика тестамент или одредба од тестаментот или спречување тоа да го стори; уништување или сокривање на тестаментот за да спречи негова реализација или фалсификување на тестаментот како и повреда на обврската за издршка или неукажување на нужна помош на оставителот.

Во сите наведени случаи обврска на оставинскиот суд е да води сметка за евентуално постоење на наведените околности кои доведуваат до недостојност по службена должност, освен во случајот на повредата на обврската за издршка или непружањето на нужна помош, кое може да дојде во предвид на барање на заинтересираните странки⁴².

Недостојноста за наследување своите корени ги влече исто така од римското право и тоа, сфатена на идентичен начин, како санкција заради морално неприфатливото однесување на наследникот спрема оставителот. Понатамошниот развој на овој концепт и присутноста на вакви одредби во граѓанските законици бележи нејасна раздвоеност од неспособноста за наследување⁴³.

⁴⁰ освен чл. 5 од ЗН кој се однесува на странци и за кои е предвидено уште и постоење на реципроцитет.

Ваквата одредба наликува на неспособност за наследување за определена категорија на лица

⁴¹ најчесто врзувано за т.н граѓанска смрт.

⁴² ЗН чл.124 ст.3

⁴³ Ваквата појава, присутна и во нашето поранешно законодавство веројатно е резултат на предвидување и на некои други причини за недостојност, покрај несоодветниот однос пнаследник-оставител. Пред се тоа се однесувањата на наследникот во пошироката општествена средина, кои се сметаат за несоодветни(на пр. нелегално напуштање на земјата). Оттука и разликата помеѓу т.н наследници

Членот 124 во став 1 го определува и дејството на евентуалната утврдена наедостојност, врзувајќи го исклучиво за конкретниот наследник како лично својство, кое не се пренесува на потомците. Заради тоа, во случај на интестатско наследување, потомците на недостојниот наследник наследуваат како тој да умрел пред оставителот (воопшто не стекнал својство на наследник). Во ваков случај во предвид доаѓа принципот на претставување, што пак не важи во случајот на недостоен тестаментален наследник. Тогаш доаѓа до интестација на целата или дел од оставината со која оставителот располага во корист на недостојниот наследник⁴⁴.

Бидејќи нашето позитивно право познава само релативни причини за недостојност, кои како што видовме се темелат исклучиво на амешусебниот однос оставител-наследник, законодавецот ја предвидува можноста на оставителот да изврши проштевање⁴⁵. Со проштевање, дадено изречно или премолчено⁴⁶ во тестамент, недостојноста престанува за наследникот⁴⁷.

Покрај физичките и правните лица, заедно со сите предвидени услови под кои тие се стекнуваат со можноста да ги остварат субјективните наследни права, особено интересна категорија на наследници се зачатите но сеуште неродени деца, посмртчињата. Фактот што правната фикција создадена уште за време на римското право, *nasciturus iam pro nato habetur quotiens de commodis eius agitur*, важи и денес во современите наследно-правни системи, уште еднаш ја потврдува универзалноста на римското правно наследство.

Во таа смисла, во ЗН во чл.122 ст. се определува дека „детето веќе зачатно во моментот на отворање на наследството се смета како родено ако се роди живо“, со што зачатото но неродено дете се стекнува со способност за наследување, само доколку се роди живо. Ваквата формулација не е спорна. Таа е присутна во современите законодавства со цел да се заштитат правата на неродените деца, бидејќи извесно е нивното раѓање.

Кумулативното предвидување на условите детето да е зачатно во моментот на смртта на оставителот и тоа да се роди живо, всушност е начин да се избегнат евентуални злоупотреби во вакви случаи. Заради тоа, проверката на фактот дали детето било зачатно во моментот на смртта на оставителот се врши со примена на медицинските сознанија за времетраењето на една бременост, а доклоклу дојде до спор околу тоа прашање, во предвид може да дојде и утврдување на траењето на бременоста во конкретниот случај по пат на утврдена медицинска постапка⁴⁸. Вториот услов пак, детето да се роди живо, значи дека во тој случај треба да се применат правилата на

кој се апсолутно недостојни за наследување (како чл.130 од ЗН од 1973г) и и релативни причини за недостојност како оние од (чл 123 од ЗН од 1996г). Види поблиску Љиљана Спировиќ-Трпеновска, *op.cit* 60-61

⁴⁴ во извесна смисла се применуваат одредбите на чл.134 и 135 од ЗН

⁴⁵ ЗН Чл124 ст.2

⁴⁶ знаејќи за оолностите, оставителот го определува за тестаментален наследник

⁴⁷ На ваков начин не може да престане апсолутната недостојност, бидејќи таму се работи за повреди и несоодветно однесување на наследникот спрема општествена заедница, а не спрема оставителот лично.

⁴⁸ Современото право ја има на располагање ДНК анализата која речиси со сто процентна сигурност ги утврдува биолошките родители. Бидејќи римската правна мисла не можела да очекува ваква помош од медицината, таа се потирала на наведените претпоставки кои упатувале на татковството на посмртчето

граѓанското право кои го определуваат моментот на раѓањето како момент на стекнување правна способност.

Во случајот на посмртчињата кои ги исполнуваат двата услови заради кои стекнуваат сопственост за наследување, се смета дека наследството го стекнале во моментот на смртта на оставителот⁴⁹, а за посмртчињата кои не се родиле живи, се смета како воопшто да не постоеле.

Поновите наследно-правни системи правото на наследување им го признаваат и на постхумно зачатите деца. Имено, развојот на медицината во оваа област овозможува зачнување на дете со смрзнат репродуктивен материјал, што во суштина ги поместува досега познатите граници на хуманата репродукција. Заради тоа, се поставува прашањето од оправданоста на предвидувањето и на постхумно зачатите деца како можни наследници. Иако ова прашање отвара многу морални, етички и правни дилеми, современите тенденции одат во прилог на тезата дека треба да се заштитат правата и на постхумно зачатите деца. Тоа секако треба да се стори со хируршка прецизност и со поставување пред се на временски рамки во кои може да се реализира постхумната репродукција, со цел да се обезбедат конзистентни правила кои ќе ја штитат оваа чувствителна категорија од злоупотреби.

Во таа смисла, новото, ревидирано наследно законодавство, веројатно ќе дозволи својство на наследник и за постхумно зачатите деца⁵⁰

Заклучок

Без намера за повторување на горенаведените анализи, заклучокот би можеле да го сведеме на едноставна констатација дека речиси како и секогаш очигледни се врските на старото римско право со институтите на современото, особено во областа на цивилистиката.

Во конкретниов случај, јасен е правниот трансплант: идејата за тестаментот како еден од најзначајните основи за повикување на наследство, а со тоа и околностите кои се однесуваат на неговата полноважност. Современото право идејно воопшто не се разликува од римското. Разликите, кои би можеле да речеме дека не се суштински, се резултат на различното општествено уредување и на различниот општествено економски развој.

Затоа, со право ромсните констатираат дека римското право нема раок на траење. Тоа е вечно и универзално.

⁴⁹ заради ваквото дејство на наследните права, во случајот на посмртчињата, делот од оставината кој ним ќе им припадне, се става под грижа на оставинскиот суд, мајката на детето или се определува старател на оставината (во римското право *cura ventris*). (ЗВП чл.124 ст2). Сепак, ниту Законот за вонпарничната постапка не дава одговор на прашањето дали кога постои *nasciturus*, оставинската постапка треба да се запре или не. Во иднина законодавецот би требало да се изјасни и околу ова прашање, како и за тоа дали соодветно на римското право тестаментот треба да се прогласи за неважечки доколку постои посмртче во секој случај. Временската рамка веројатно ќе изнесува 2 или три години по смртта на оставителот.

⁵⁰ Види :Комисија за изготвување на Граѓанскиот законик на РМ, *Граѓански Законик на РМ, книга четврта, „Наследноправни односи“ Работен материјал на Комисијата за семејно и наследно право*, теоретски дел со предлози за измени и дополнувања на Законот за наследувањето, Скопје, 2013,49-59.

Користена литература

- Berger, Adolf. *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law* - New Series, Vol. 43, Part 2. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953 (Reprinted 1980 and 1991)
- Boras, Mile. Lujo Margetic. *Rimsko pravo*. Zagreb: PFZ biblioteka udzbenici i skripta, 1980
- Bujuklić, Žika. *Forum Romanum – Rimaska drzava, pravo, religija i mitologija*. Београд: Правни факултет у Београду - Библиотека „Приручници“, Центар за публикација – „Досије“, 2005.
- Burdick, W.L. : *The principles of roman law and their relation to modern law*. Clark, New Jersey: The Lawbook, Exchange LTD, 2004
- Horvat ,Marijan. *Rimsko pravo* (deseto izdanje). Zagreb: Školska knjiga, 1980
- Marković, Slavko *Odnos testamentalne prema pravnoj i poslovnoj sposobnosti*. Zbornik radova pravnog fakulteta u Nišu. Niš: Pravni fakultet u Nišu, 1974
- Moyle, J.B. *The Institutes of Justinian*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Union, 2002
- Nicholas, Barry. *An Introduction to Roman Law* - Clarendon Law Series; Oxford University Press; Oxford - 1962 (Hardback), 1975 (Paperback).
- Romac, A. *Rimsko pravo*. Zagreb: PFZ Biblioteka: Udžbenici i skripta 1981
- Šarac, Mirela. Zdravko Lučić, *Rimsko privatno pravo* Sarajevo: Pravni fakultet u Sarajevu, 2006
- Stein, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: University Press, 199
- Watson, Alan. *Roman Law and Comparative Law*. Athens and London: The University of Georgia Press, (Paperback) - 30 Jun 1991.
- Živojinović, Dragica. *Uticaoj mentalne rezerve na punovažnost zaveštanja*. Pravni život br. 10-2003
- Борковски, Ендру. Пол ду Плесис,. *Учебник по римско право*. прев. Елена Витанова 3 изд, Скопје: Просветно дело АД, 2009 208.
- Бујуклић, Жика. *Римско приватно право*, друго измењено и допуњено издање. Београд: Правни факултет универзитета у Београду, 2012
- Вотсон, Алан: *Правни Транспланти (Приступ упоредном праву)*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Институт за упоредно право, 2000.
- Закон за наследувањето. *Службен весник на Република Македонија 47/1996*
- Комисија за изготвување на Граѓанскиот законик на РМ, *Граѓански Законик на РМ, книга четврта, „Наследноправни односи“ Работен материјал на Комисијата за семејно и наследно право*, теоретски дел со предлози за измени и дополнувања на Законот за наследувањето, Скопје, 2013
- Маленица, Антун. *Римско право* (друго измењено и допуњено издање); Нови Сад : Правни факултет у Новом Саду, 1996.
- Машкин, Николај Александрович. *Историја на Стариот Рим*. Скопје: Зумпрес (Библиотека Универзум), 1995..
- Мицковиќ, Дејан. Ангел Ристов, *Наследното право од античкото до современото општетство*. *Зборник на Правниот факултет Јустинијан Први во чест на Ѓорѓи Марјановиќ* Скопје: Правен факултет Јустинијан Први, 2011
- Николас, Бери. *Вовед во римско право*. со предговор, ревидирана биографија и речник со латински поими од Ернест Мејгер. прев. Наташа Алексовска, Рената Георгиевска, Билјана Митовска, Скопје: Просветно дело, 2009.

- Поленак-Аќимовска Мирјана. Владо Бучковски. Гоце Наумовски. *Римско право*. Скопје: Правен факултет Јустинијан Први, УКИМ, 2014
- Поленак-Аќимовска, Мирјана, Бучковски Владо. *Избор на текстови од римското право* (IV издание). Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“, УКИМ, 2008.
- Поленак-Аќимовска, Мирјана. Некои аспекти за системот на граѓанското право. *Зборник во чест на Никола Сотировски и Владимир Кратов*. Скопје: Правен факултет, 2001.
- Спировиќ-Трпеновска, Љиљана Услови за поноважност на тестаментот. *Зборник на Правниот факултет Јустинијан Први во чест на Ѓорѓи Марјановиќ*. Скопје: Правен факултет Јустинијан Први, 2011
- Спировиќ-Трпеновска, Љиљана. Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов. Дали се потребни промени во наследното право во Република Македонија? *Зборник на Правниот факултет Јустинијан Први во Скопје во чест на Георги Ганзовски*. Скопје: Правен факултет Јустинијан Први, 2010
- Спировиќ-Трпеновска, Љиљана. *Наследно право*, Скопје: 2ри Август С, 2009
- Станковиќ Гордана. *Граѓанско процесно право*. Ниш, 1998
- Станојевиќ, Обрад. Емилија Станковиќ. *Савремени правни системи*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2010

PROSECUTOR'S DISCRETIONARY POWERS ON CARRYING OUT CRIMINAL PROSECUTION (Georgian Model of Discretionary Criminal Prosecution)

Givi Abashidze

Associate Professor faculty of law,
Batumi Shota Rustaveli State University Georgia
E-mail: givi1954@mail.ru

Abstract

The presented article discusses discretionary criminal prosecution as innovation in modern Georgian criminal procedural legislation.

Legal aspects of criminal prosecution, its procedural regulation and practical implementation issues are discussed in the present work, which mainly deals with the prosecution, as the guiding principles of the prosecutor's discretionary authority and prosecution functions in the investigation stage, Georgian model of general discretionary prosecution.

Keywords: *prosecutor, criminal persecution, discretion*

On October 1, 2010 Criminal Procedural Code of Georgia came into force. The new normative act introduced many legislative innovations and among them the establishment of discretion principle in the modern Criminal Procedural Law of Georgia.

“Discretion” is a Latin word and means the power of the officials or state authorities to make decision based on his/her opinion¹.

The theory of “Discretionary Power”, “Discretion Law” is widespread in constitutional, administrative and criminal laws of many foreign countries.

Discretionary power arises there where the law does not define the standards and accordingly, either directly or indirectly, a judicial person has the right to use his/her discretion².

As we know, in Continental-European Criminal Procedure Law the principle of compulsory enforcement of the charge is dominated. Due to legality principle the state is responsible for the investigation and persecution of the investigation. Prosecutor's office is obliged to detect signs of crime and if there is a reasonable doubt to initiate a criminal case, to prosecute an inquiry, to fulfill criminal prosecution on the basis of gathered evidence and to sustain it on the court. This means that the principle of legality compels the prosecuting body in case of reasonable doubt to start criminal prosecution to all suspects.

¹ Law dictionary / edited by Vazha Gurgenidze. Tbilisi 2004. P. 483.

² See Kamisar Y., Lafave W.R., Israel J.H., King N.J., Basic Criminal Procedure, Cases, Comments and Questions, Eleventh Edition, Thomson West, 2005, 24. B. Meurmishvili's work – to criminal prosecution in Georgian criminal proceedings (at an investigation stage). Submitted to the academic degree of Doctor of Law. Tbilisi 2014, p. 166

I agree with the opinion stated in the legal-procedural law science, that using this principle, prosecutor's discretion is the least, and according to the principle of legality he/she is obligated to implement authorities granted by law³.

New Criminal Procedural Law of Georgia refused principles of legality and taking mandatory action and by the law, for the time being, to initiate criminal prosecution is not state's obligation, but it's a prosecutor's discretionary power.

Prosecutor defines at his/her discretion to initiate criminal prosecution to the person who committed a crime or to waive to fulfill criminal prosecution. Criminal prosecution (charges) capacity is defined by a prosecutor and judicial control does not apply to it this time.

According to Georgian scientists and who I fully agree, such radical change in procedural law is partly due to the fact, that the principle of discretion is major in the system of Anglo-American criminal procedural law. Criminal Procedure Law of Georgia is oriented on the system of Anglo-American criminal procedural law and accordingly, the principle of discretion is reflected in new Criminal Procedural Law of Georgia⁴.

Due to the number of investigating cases, power of discretion contributes to alleviate emotional state of participants in the criminal case, to avoid stigmatization and the effectiveness of sentence, flexibility and effectiveness of the system of criminal law, individual approach to the case, effective criminal prosecution, and procedural economy, saving human or material resources.

Discretion does not imply the impunity and committed crimes do not remain without a response. Most important prerequisite of using discretion is availability of alternative means. To use discretionary power in fact, is foreclose for individuals, to whom principles of diversion and/or mediation does not apply. For example, to individuals who are accused of grave crimes, and to whom, restorative justice⁵ was already applied, etc.

Criminal prosecution, as the Prosecutor's discretionary power provided by Article 166 of the Criminal Procedural Code of Georgia, and by "The Law of Georgia on Prosecutor's office," Article 14, part one.

Criminal prosecution discretion, due to its procedural importance, is one of the guiding principles of Criminal Procedural Law of Georgia, according to which, while making decision on initiation of the criminal prosecution and termination of the decision, the prosecutor has only the power of discretion, at which time he is guided by the public interest, as defined in the Criminal Policy Guidelines⁶.

The Georgian Criminal Procedural Law does not imply the obligation to initiate criminal prosecution, unlike the obligation to initiate the investigation. Decision making is an exclusive right of the prosecutor regarding the alleged fact of any crime provided by the Code of Criminal Prosecution and no other structure / person has the right to initiate and / or reject the prosecution.

³ G. Meparishvili, I. Chkheidze. The principle of discretion in criminal law procedure. Works of Tbilisi Economic Relations State University, 2010. Meparishvili G. about the principle of discretion, publications of law, Tbilisi 2014, p. 21;

⁴ T. Laliashvili. Georgian Criminal Law Procedure. general part, Tbilisi, 2015, p. 85

⁵ Comments on Criminal Procedure. Tbilisi, 2015, p. 129

⁶See. Criminal Procedural Code of Georgia, article 16, Legislative Herald of Georgia. <https://www.matsne.gov.ge>; Minister of Justice of Georgia, Order #181, October 8, 2010, "On the approval of general part of guidelines for Criminal Law Policy Guidelines~, Chapter II.

During the implementation of the discretionary criminal prosecution, the theoretically important issue is against whom the criminal prosecution is done.

Prior to enactment of the new Criminal Procedural Code of Georgia, criminal prosecution was conducted against suspect and accused, which I think caused many misunderstandings. For example, in the works on law, the scientist-lawyers argued about when the prosecution of the suspect or the accused was initiated. This misunderstanding, in my view, was caused by the fact that the old criminal procedure law was familiar with the institution of suspect.

The new Criminal Procedural Code abolished the Institute of Suspect and the criminal prosecution proceeded only after the accused is detained or recognized as accused (if he is not detained).

The legal consequence of detention is to initiate criminal prosecution against a detainee and acquire the status of accused of the detainee. In case of detention, prosecution is initiated automatically and the prosecutor's discretion is not valid at this moment. At this stage prosecution is expressed in collecting evidence, in approval of the prosecution.

Herewith, it should be noted that Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms specifically explains that criminal prosecution is only against the accused.

The initiation and implementation of criminal prosecution, as noted above, is only the discretionary power of the prosecutor, in case it feels expedient, he has the right to initiate and carry out criminal prosecution. Prosecution is not mandatory for all the facts of the criminal assault.

In addition, the discretion is not unlimited, as during the introduction of discretionary prosecution, Georgian procedural law established that the initiation, pursue and termination of prosecution against a particular person is fulfilled with obligatory instructions of Criminal Law Policy.

In order to ensure this, according to the Order of the Ministry of Justice, October 8, 2010 "on criminal policy guidelines for approval of general part" which defined the main directions, prosecuting bodies must perform state functions according to Criminal Policy for the aim of high standard prosecution.

Obviously, according to the Criminal Procedural Code of Georgia, the initiation and implementation of criminal prosecution is only a prosecutor's discretionary power, but criminal prosecution may not be initiated or terminated if it contradicts criminal policy.

Thus, the abovementioned order establishes guidelines and recommendations for criminal prosecution, considering of which the prosecutor should decide on the exercise of criminal prosecution within discretionary power⁷.

It is important to clarify according to this Order, specifically when and in what circumstances should the prosecutor decide about the implementation of discretionary prosecution.

First of all, the prosecutor's decision on the initiation of criminal prosecution should be taken only if the full test is satisfied, namely, when:

a) Evidence in the case creates sufficient ground for a realistic prospect of conviction in the court – evidence test;

⁷See. Ministry of Justice of Georgia order #181, October 8 2010, Criminal Policy guidelines for approval of general part, chapter 2.

b) Initiating criminal prosecution is dictated by public interest - a test of public interest.

That is, the prosecutor shall be guided by the evidence collected on the criminal case and the public interest of a specific criminal case, which altogether forms the so-called Full test and in case of its satisfaction, criminal prosecution should be initiated. At the same time, both tests are evaluative that requires especial cautious approach from the prosecutor.

Thus, a complete test, which includes evidence and public interest tests, is an important criterion for initiating and implementing criminal prosecution.

Each stage of the full test must be independently disposed by the analysis and evaluation of the circumstances of the case and only after that the decision has to be made to initiate a prosecution or not.

As to the evidence test, its nature is the following that the prosecutor should not initiate or terminate prosecution unless there is a valid reliance⁸ of a crime committed by a specific person and / or if it is less likely to confirm the accusation by the court.

It should also be taken into consideration that when rendering a decision, it is not necessary for the prosecutor to have all the evidence that he intends to use for court trial. It is enough that the prosecutor is convinced that at the trial stage he will have the evidence obtained lawfully, which will be sufficient to justify the charge of the person.

Depending on the content of the test of evidence, which specifically refers to the cumulative evidence and indicates the fact of a crime, a conclusion can be made that it forms enough ground for the conviction of a person in court.

Before initiating the criminal prosecution, the prosecutor must find out and decide to what extent the initiation of a prosecution serves the public interest.

In the interest of judicature, even when the test is satisfied, the prosecutor should not initiate prosecution, if the initiation of prosecution contradicts public interest, if public interest against prosecution clearly exceeds the interest of a person to be sentenced.

Identification of public interest should be done taking into consideration and analyzing different factors, which is essential for rendering the right decision. In each case, the decision to initiate a prosecution shall be based on evaluation and inferences of various individual factors.

Public interest - this is the interest protected by law, behind this, there is the society and the state. Public interest in criminal proceedings is the formation of an irreversible circumstance for the convict to put on trial for the committed crime⁹.

Among the circumstances, that the prosecutor should consider while identifying the public interest, first of all should be named:

- the legal priorities of the state (how important is the criminal prosecution of a specific crime for the state, because the state resources should not be spent on criminal prosecution of minor crimes);

- _ crime severity and nature;
- _ preventive effect of criminal prosecution;
- _ quality of charges;
- _ a person's criminal record;

⁸ According to the part XI of the Article 3 of the Code of Criminal Procedural Code of Georgia, valid reliance, ie the facts or information altogether with the circumstances of the criminal case that would satisfy the object in order to find a person guilty of an offense - is a standard of evidence that is required for the initiation of criminal prosecution.

⁹G. Abashidze, Prosecutor, as the subject of criminal prosecution. Tbilisi 2011, p. 93

- _ willingness to cooperate with the investigation;
- _ personal characteristics;
- _ economic harm caused to the public and factors of making amends;
- _ the interests of a victim and his/her family members when deciding to initiate a prosecution;
- _ expected sentence in case of conviction and expected consequences of criminal prosecution.

In the same order, there are specific circumstances, which, together with other factors, point to the expediency and in expediency of initiating criminal prosecution.

The principles and factors discussed by us are not comprehensive and the decision on the prosecution, to what extent is it in public interest should be taking into consideration the characteristics of each specific case. The order explains legal understanding of the above-mentioned circumstances for their practical use during discretionary prosecution.

Based on the Guidelines for Criminal Prosecution Policies, if the evidence collected in the course of investigation on the criminal case is sufficient for valid reliance that a person has committed a crime, the prosecutor is authorized to render one of the following decisions:

- conduct or demand additional investigation;
- initiate criminal prosecution;
- waive criminal prosecution and use alternative mechanism;
- waive criminal prosecution without using an alternative mechanism¹⁰.

The Criminal Procedural Law of Georgia considers the Institute for Diversion of adults in the alternative mechanism of Criminal Prosecution, concerning which, Georgian lawmakers shared European Experience and after discretion prosecution was established in Criminal Procedural law, the new norm was adopted in the Criminal Procedural Code of Georgia since June 2011, which is a novelty in Procedural law of Georgia.

An alternative mechanism of criminal prosecution – the diversion is to resolve the conflict in a non-criminal manner, practically used in the Common and Continental Law¹¹.

The nature of this norm is expressed in the diversion of the person from criminal liability and deprivation of liberty in the case of a proper legal basis. Consequently, the case ends without a conviction and criminal penalty, since the court does not discuss the guiltiness of a person and does not take a decision against the perpetrator.

Thus, on the basis of the discretionary power of this new norm, the prosecutor has the opportunity to divert the person from criminal liability in the absence of public interest in prosecution of some crimes, so as not to leave the crime and the interest of the victim without response.

In my opinion, the new Criminal Procedural Code of Georgia correctly solved the issue that only the prosecutor is authorized to exercise discretionary criminal prosecution and pass a resolution on the charge of the person. This will raise the issue of liability of the prosecutor as a prosecution.

In addition, when the prosecutor passes a resolution and establishes guilt to a person, he fulfills the function of criminal prosecution, since someone is accused of a crime, thus arraigned, is one of the essential and necessary elements of criminal prosecution.

¹⁰ See the abovementioned order, chapter 2

¹¹ I. Akubardia. About the Advancement of Diversion. Collection dedicated to Professor G. Nachkebia's 75th anniversary, Tbilisi, 2016, page 62

The aim of the prosecutor's discretionary authority is effective criminal proceedings. Accordingly, each decision of the prosecutor shall be lawful¹².

The prosecutor should establish that the criminal prosecution is being proper, that the crime is evident and there is sufficient evidence to indict the prosecution against the person.

Criminal prosecution for the prosecutor is quite laborious, challenging and full of responsibility. In order to ensure criminal prosecution, criminal procedural law has granted him/her significant rights, which is implemented in one case by direct involvement in the investigation and the full extent of the investigation, and in the second case, with the procedural guidance of the investigation.

It is important that any decision of the prosecutor is valid, fair and reflect the interests of the state and society. In addition, the prosecutor should be independent and impartial¹³ in his / her activity.

After arraignment, criminal prosecution of a person does not end the prosecutor's function. Prosecutor is obliged to fulfill comprehensive and complicated prosecution measures even after accusation, procedural and investigative actions, even after the prosecution, to collect evidence against the person. The aim of the prosecution is that when a person is guilty of committing a crime and is indicted, to pursue the activity of the prosecutor to the person and ultimately determine the truth.

At the end of the work, we cannot neglect the most relevant issue, particularly the importance of judicial control over discretionary power, as judicial control is an effective mechanism to prevent the prosecutor from abusing his/her discretionary power.

The Prosecutor has a wide discretionary power granted by the Criminal Procedural Code of Georgia. Unrestricted discretion clearly contains the threat of subjectivism¹⁴. In order the prosecutor not to make such a decision on the basis of the lack of trustworthy control, the abovementioned order of the Minister of Justice of Georgia on the Guidelines for Criminal Justice Policy limits the discretionary power of the Prosecutor in certain ways, limiting the prosecutor's absolute discretion, as well as the scope of his/her activities in this direction.

This, of course, is an important legal tool to avoid abuse of power by the prosecutor, but I consider it necessary to set up judicial control over the decisions taken by him.

Scientists have yet stated¹⁵ on the necessity of introduction of judicial control in the Criminal Procedural Code of Georgia and through this, interested individuals to have the right to appeal the decision taken by the prosecutor, before the introduction of the institution into criminal procedural law.

As noted above, the prosecutor uses discretionary power when rendering a decision on initiation and termination of criminal prosecution, but the prosecutors waive to initiate criminal prosecution by using this authority does not appeal to the court.

Article 168 of the Criminal Procedural Code of Georgia explains that the victim has the right to appeal against the Prosecutor's decree on waiving to initiate criminal prosecution only once, with the chief prosecutor. The decision of the chief prosecutor is final and cannot be

¹²See Конярова Ж.К., Дискреционные полномочия прокурора и проблемы их реализации на досудебных стадиях уголовного процесса., Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Ижевск, 2008 г, стр. 45-46.

¹³ See the statement of Minister of Justice of Georgia, chapter 2

¹⁴See more G. Meparishvili, I. Chkheidze. New Code of Criminal Procedure: Reform or Counter-Reform? Informational Agency "Sakinform", November 17, 2010

¹⁵see G. Meparishvili about the principle of discretion, publications of law, Tbilisi, 2014, p. 24

appealed, except for the exception when the criminal prosecution is not initiated against a person who committed a grave crime. In this case, the victim has the right to appeal the prosecutor's decision to the District (City) Court according to the place of investigation, whose decision can no longer be appealed.

The abovementioned exceptional right was given to the victims by the scholars and lawyers in accordance with the earlier amendments and proposals on this norm according to the amendments to the Criminal Procedural Code of Georgia.

The aim of the amendment was to reduce the risk of unjustified restrictions on the victim's interests and increase the control over the use of the prosecutor's discretionary authority.

It is quite true that while initiation of the prosecution and termination, the prosecutor should be guided by discretion power and by the public interest, which we have discussed above, but we think it is necessary to consider the interests of the victim to more extent, who can appeal¹⁶ the decision of criminal prosecution made by the prosecutor, only to a chief prosecutor.

It should also be taken into consideration that the decision to terminate investigation and / or criminal prosecution is also not appealed in court. Depending on the norms of the Criminal Procedural Code, it can only be appealed by the victim once, and only with the chief prosecutor.

It seems that there is no longer any possibility of appealing against the prosecutor's waive to initiate criminal prosecution using the discretionary power, as well as the prosecutor's ability to appeal directly to the court by the victim's decision to terminate the investigation and / or criminal prosecution. While the criminal procedural law of the leading European countries, namely England, France, Germany and others, provides the right of the victim - to appeal against the decision of the prosecutor on waiving to initiate criminal prosecution or termination¹⁷ of criminal prosecution.

In this regard, the new Criminal Procedural Code of Georgia has significantly worsened the state of victim's rights because he/she is unlikely to be able to protect its rights and freedoms through judicial control. Dismissal to appeal to the court is clearly contradictory to the Constitution of Georgia, the principles of international law and the Constitutional Court of Georgia.

Strong and public judicial control is the only way to force the Prosecutor's Office to comply with the requirements of the law and to be impartial when making a discretionary decision¹⁸.

Based on the abovementioned argument, we can make a conclusion that it is important and essential to introduce judicial control more than fulfilling discretionary power, provided by the European Code of Criminal Procedure, where it's been a long time since the Institute

¹⁶see the order of Minister of Justice of Georgia, chapter 2

¹⁷ Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. Санкт-Петербург, 2002, С. 20. Уголовно процессуальный кодекс Франции / Перевод Л.В. Головкин. М., 2000. Christine Van Den Vyngaert, Criminal Procedure System of the European Community. Tbilisi, 2002

¹⁸ Gerard e. Lynch. American law and lawyer information. Т. 3. Chicago: American Bar Association. 1998. P.10. G. Meparishvili, I. Chkheidze. Principle of discretion in criminal proceedings. Works of Tbilisi State University of Economic Relations 2010

of Discretionary Prosecution exists and Scientists in the field of Law consider precisely such an approach to ensure transparent and fair discretionary power.

Conclusion

To sum up, legal aspects of criminal prosecution, its procedural regulation and practical implementation issues are discussed in the present work, which mainly deals with the prosecution, as the guiding principles of the prosecutor's discretionary authority and prosecution functions in the investigation stage, Georgian model of general discretionary prosecution. The presented article discusses discretionary criminal prosecution as innovation in modern Georgian criminal procedural legislation.

References

1. Criminal Procedural Code of Georgia Tbilisi 2010
2. Law of Georgia on the Prosecutor's office Tbilisi 2008
3. The European Convention on human rights and fundamental freedoms.
4. Уголовно процессуальный кодекс Франции / Перевод Л.В. Головки. М., 2000 г.
5. Order №181, 2010, October 8. Of the Minister of Justice of Georgia on Approval of General Part of Guidelines for Criminal Justice Policy
6. Law Dictionary, Vazha Gurgenzidze, Tbilisi 2004
7. T. Laliashvili, Criminal Proceedings of Georgia, Tbilisi 2015
8. B. Meurmishvili, Initiation of Criminal Prosecution in Criminal Procedure of Georgia, (on the stage of investigation). Submitted work for the academic degree of doctor of law. Tbilisi 2014
9. See Kamisar Y., Lafave W.R., Israel J.H., King N.J., Basic Criminal Procedure, Cases, Comments and Questions, Eleventh Edition, Thomson West, 2005
10. Gerard e. Lynch. American law and lawyer information. T. 3. Chicago: American Bar Association. 1998
11. Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. Санкт-Петербург, 2002 г.
12. Commentary of Criminal Procedural Code of Georgia Tbilisi 2015
13. Конярова Ж.К., Дискреционные полномочия прокурора и проблемы их реализации На досудебных стадиях уголовного процесса, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Ижевск, 2008 г
14. G. Meparishvili, I. Chkheidze. New Code of Criminal Procedure: Reform or Counter-Reform? Informational Agency "Sakinform", November 17, 2010
15. Christine Van Den Vyngaert, Criminal Procedure System of the European Community. Tb., 2002
16. G. Meparishvili, I. Chkheidze. The Principle of Discretion in Criminal Justice Procedure. Works of Tbilisi Economic Relations State University, 2010. Tbilisi 2010
17. G. Meparishvili on Discretion, publications of law, Tbilisi 2014
18. G. Abashidze, Prosecutor, as the subject of criminal prosecution. Tbilisi 2011
19. I. Akubardia about the Advancement of Diversion. Collection dedicated to Professor G. Nachkebia's 75th anniversary, Tbilisi, 2016

LIFELONG SEGREGATION BY PRISON SENTENCE – PROS AND CONS

Goran Jovanić

Associate Professor

University of Belgrade

Faculty of Special Education and Rehabilitation

E-mail: goranjovanic@fasper.bg.ac.rs

Vera Petrović

Assistant

University of Belgrade

Faculty of Special Education and Rehabilitation

E-mail: verapetrovic@fasper.bg.ac.rs

Abstract

Occasional occurrence of severe criminal offences of sexual abuse of children and the disabled where the victims suffered lethal consequences has spurred a campaign for Criminal law amendment which requires that the extreme forms of such crimes may demand life sentence without possibility of parole. National Assembly of the Republic of Serbia has approved the amendments and accepted persistence on retribution despite the efforts made by the expert community and practitioners to express their disapproval and emphasize arguments against such drastic legal regulation. The dispute also refers to such way of punishment being in contrast to our obligation to accept international conventions, such as The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and other certified international agreements, due to the fact that torture, inhuman or degrading treatment or punishment are forbidden under all circumstances. Additional argumentation is provided by the practice of European Court of Human Rights regarding life imprisonment, according to which countries which have signed the Conventions are obligated to ensure a legal procedure in their national legislation which makes life sentences, after maximum twenty five years from its beginning, subject to revision and inspection on whether any significant changes in the convict's life have occurred and whether any improvement towards rehabilitation has been achieved which would render the continuation of the imprisonment unjustifiable by any penal explanation. The aim of the paper is to refer to arguments both for and against legal regulation which favor retribution and discard the convicts' rehabilitation despite empirical discoveries which indicate the counter-productiveness of such efforts.

Keywords: *life sentence, penal policies, retribution, rehabilitation.*

Introduction

The Law on amendments and supplements to the Criminal Law, passed on National Assembly of the Republic of Serbia's session on 21 May 2019 (Official Gazette of the Republic of Serbia, number 35/19) and taking effect on 1 December 2019, introduced a possibility of life sentences being passed as punishment for the most serious crimes and the most aggravated forms of severe criminal offences. Simultaneously, the prospect of passing sentences of 30 to 40 years of imprisonment, which so far has been the harshest punishment, is eliminated.

It is indisputable that all societies react to committing crimes by punishing them, and this goes especially for those most severe and socially endangering ones. Disputes arise on the questions of whom, what for, how, for how long, in what way and bearing which desired outcome in mind to punish.¹ Criticism of a part of Serbia's public has been triggered by legislators' choice of retributive concept marked by elimination of possibility to be granted parole for individually specified crimes, in times when the court is unable to grant parole when a convict is punished by life sentence. This is true for crimes of slaughter of children or pregnant women (article 114, paragraph 1, item 9); rape either with lethal consequences to the victim or committed over a child (article 178, paragraph 4); sexual assault over a disabled person either if resulting with death of the disabled person or it was committed over a child (article 179, paragraph 3); sexual assault over a child resulting with death of the child (article 180, paragraph 3); and with crimes of sexual assault by malfeasance when the offender is a teacher, educator, caretaker, adoptive parent, parent, stepfather, stepmother or other person which, by abuse of power and authority, commits a sexual assault or a related act over a child which results in lethal consequences for the victim (article 181, paragraph 5).

For the remaining 15 specified crimes punishable by life imprisonment, there is a possibility for parole after 27 years from the beginning of the sentence have passed. These are murder (article 114, paragraphs 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11); murder of representatives of highest government officials (paragraph 310); severe offence against Serbia's constitution and security (article 321, paragraph 2); genocide (article 370); crime against humanity (article 371); war crime against civilian population (article 372, paragraph 3); war crime against the sick and wounded (article 373, paragraph 2); war crime against prisoners of war (article 374, paragraph 2); use of prohibited means of warfare (article 376, paragraph 2); unlawful killing or wounding of the enemy (article 378, paragraph 3); aggressive warfare (article 386, paragraph 2); terrorism (article 391, paragraph 4); deadly device use (article 391v, paragraph 3); destruction and damage of nuclear facilities (article 391g, paragraph 3) and endangering persons under international protection (article 392, paragraph 3).

Drastic consequences which occur as a result of severe criminal offences were the foundation for legal amendments and supplements to be passed, in order to have a general preventive impact on potential offenders, multi-recidivists, members of organized criminal groups and individuals who endanger life, work, dignity and freedoms of the most sensitive categories of population, commit war crimes or severely endanger the safety of citizens.

Making penal norms more stringent to the level of lifelong segregation, which, in certain cases, implies limitless segregation from the society and keeping one imprisoned until their death is a central element of criticism against such solutions. In this paper we will strive to

¹ Jovanić, G., *Kazni, zatvori, zaposli*, Univerzitet u Beogradu, Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju, Beograd, 2017, p. 7.

describe the arguments which, beside their general preventive efforts and the protection of the society from severe forms of crime, also consider the theoretical and conceptual basis of punishment, penal implications, criminal-political and empirical arguments which may confirm the introduction, application and execution of life sentence as being (un)justifiable.

1. Retribution versus rehabilitation

The idea and practice of punishing offenders have been developing throughout various approaches, principles and desired outcomes. The initial ideas and practices were based on retribution, deterrence, isolation and rendering one incapacitated, with a tendency for the convicts to be arrested, punished as seen fit with punishments equivalent to their crimes and sending the message that criminal activities do not pay. Simultaneously, incarceration, intensive surveillance and restrictive treatments are meant to prevent and avert the convicts from recidivism, with the aim of deterring the society and the individual alike from committing further crimes, which is supposed to result in reduction of crime. In many countries where the retributive approach to punishment is predominant crime levels are rising. This is illustrated by the facts² that in the USA solely more than three and a half million people have been convicted for committing crimes in the past five years. The country in question is place of death penalty and super-max security prison system, life sentences with or without parole, parallel to probation system which monitors double the number of convicts than those being in prison, with over two and a half million convicts being under incarceration. Almost all of them (97%) are eventually released from prison. Every year around 700 000 people are being set free in the USA. However, the label of “a criminal” or “an ex con” does not aid their reintegration. It has been estimated that within three years from being released from prison two thirds of them are incarcerated once again. This number is even higher when a longer period is being observed, thus, within a period of five years after the release around three quarters of them get arrested again.³

Despite the failure to achieve the desired goals, the retributive approaches persist in modern times, offering the same ideas despite of the proven inefficiency in reduction of crime levels, debatable justification of severe punishments for the sake of general prevention, often with impossible equivalence between the punishment and the consequences of a crime. Maloić also names long critical objections to retributivism, such as the lack of reason to refrain from committing crimes, primary motivation in an individual to avoid incarceration instead of avoiding crimes, limited effects of deterrence to a portion of citizens or discarding motivations and impulses in criminogenesis.⁴ The public’s interest in penal politics usually rises along with the crime levels or by sensational media coverage of certain severe crimes. This may lead to increased interest of politicians, and finally, to penal popularity.⁵

The choice of introducing life sentences into the punishment register of the Republic of Serbia is argued by the public outcry against the harshest sentence of the time, the

² Crowell, H., *A Home of One’s Own: The Fight Against Illegal Housing Discrimination Based on Criminal Convictions, and Those Who Are Still Left Behind*, Texas Law Review, Vol. 95, No. 5, 2016, p. 1104.

³ Crowell, *op. cit.*, note 2, p. 1142.

⁴ Maloić, S., *Suvremeni pristupi kažnjavanju kao determinante kvalitete života u obitelji, susjedstvu i zajednici – nove perspektive suzbijanja kriminala*, Kriminologija i socijalna integracija: časopis za kriminologiju, penologiju i poremećaje u ponašanju, Vol. 21, No. 2, 2014, pp. 31-44.

⁵ Walmsley, R., *Global Incarceration and Prison Trends*, Forum on Crime and Society, Vol. 1, No. 2, 2003, pp. 65-78.

prison sentence of up to 40 years, enforced on offenders of severe crimes of rape with lethal consequences committed over juveniles and children. Increasingly frequent killings among members of rival organized crime groups have additionally escalated the citizens' fear for personal safety. Media coverage on child victimization and mutual liquidations of opposing criminal group clans has intensified feelings of being unsafe and unprotected in a portion of people furthermore. In such an atmosphere in 2017 the initiative for amendments of the Criminal Law by collecting signatures by an organized foundation of parents of a juvenile girl, a rape and murder victim was started. After submitting the initiative to the National Assembly of the Republic of Serbia demanding more stringent punishments for rapists and paedophiles, at the end of 2018, the Ministry of Justice formed a working group for creating propositions on amendments and supplements to the Criminal Law. The demands from the initiative were accepted by the working group's suggestions. Beside this, prison sentence of 30 to 40 years is to be withdrawn from the Criminal Law, and lifelong imprisonment was suggested as its replacement. The justification for such a modality of amendment is elaborated as being in line with the rational choice theory according to which people should commit crimes in reduced degree provided that potential damage of the act outweighs the benefits gained.⁶

Criticism of such a suggestion came from certain number of university professors, judges, prosecutors and international organizations' representatives, cumulating in a form of petition for discharging the article on life sentence without the possibility for parole. The petition emphasized that otherwise the standards of international law application are being diminished. It asserts that the rehabilitation purposes of this punishment is being dismissed as well as that the convict's right that justification of their further imprisonment should be revised after a certain period of time. The power to decide whether those sentenced for life imprisonment should be released from prison is transferred from the courts to an individual – the president of the state by the means of pardon, which is also criticized in the petition.

Death penalty existed in the criminal registry in Serbia until 2002, however, it was sentenced relatively rarely (in 19 cases in the period between 1991 and 2002, even though it was never executed). In the European Council integration process, Serbia adopted the European Convention on Human Rights and the obligation to harmonize the legislation resulted in amendments in 2002 which removed the death penalty from the criminal registry, and the prison sentence of up to a maximum of 40 years as the highest sentence was introduced instead. With the on-going amendments to the Criminal Law, the harshest punishment is to be the life sentence. It is a fact that many countries European Council members have prison sentences, namely out of 49 of them, 8 do not have it, whilst 41 countries have introduced it into their criminal registry.

More stringent punishments predicted by legislators do not always reflect in court practice where, within the legally set ranges, sentences are passed for individual crimes. Current emphasis of retributive versus rehabilitative elements of the punishment in the accepted Criminal Law is contrary to the achieved standards of legislative and penal practice in Europe, which may cause reaction of the European Court of Human Rights, in accordance to suggestions of Committee of Ministers of the Council of Europe and the Committee for Prevention of Torture.

⁶ Cullen, F. T.; Jonson, C. L.; Nagin, D. S., *Prisons do not reduce recidivism: The high cost of ignoring science*, The Prison Journal, Vol. 91, No. 3, 2011, pp. 48-65.

Inhumanity of life sentence without the possibility for parole is further criticized by Sverdović regarding the intent of the Croatian legislature to introduce lifelong imprisonment at the beginning of the century.⁷ The author states that one of the main arguments against the claims of inhumanity of life sentence is the possibility for the convict to receive the parole predicted by legal preconditions since all modern penal codes which are familiar with life sentence also allow the possibility of parole, and the requirements for it are individually prescribed.⁸

The proclaimed primary aim of protecting the society from the most serious crimes and dangerous offenders by sentencing them to life imprisonment absolutely opposes the rehabilitative purpose of the punishment which has to be predicted on a normative level for all convicts regardless of their crime and consequences, and this is what we are obligated to oblige to as a member of the European Council. The European Court of Human Rights has clearly taken the view that prohibition of parole in the case of life sentence is not in accordance to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as a convict sentenced to life imprisonment must be provided with a legal possibility for reconsideration of whether conditions for their parole have been achieved after a certain period of time. Otherwise, it is considered that the country is breaching the article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, namely, that it exposes the convict to an inhumane and degrading treatment.⁹

Moreover, this neglects the possibility that the convict sentenced to life is able to repeat the crime by escaping the prison or within the prison by kidnaping, injuring or murdering another convict, employee or a visitor, without need to be afraid of more severe sentence than the one they have already been sentenced to.

The experiences of Auburn and Philadelphia system from two centuries ago proved the damage of long-term imprisonment both for the convicts by the means of development of psychological issues, self-harm and suicide because of hopelessness and the strict prison regime of execution, which is not a purpose of punishment either.¹⁰

In case we accept the attitude that swift and reliable punishment is more important than the harsh one as it is the only way for its efficiency to be achieved¹¹, it is necessary to acknowledge the existence of disproportion between the legal and court penal politics as for a long time in Serbia the most frequent sentence passed is probation, in over half of the cases, whilst, simultaneously, the institute of mitigation of sentences is frequently applied for serious criminal offences such as manslaughter (56%), murder (26.5%), rape (48%), sexual abuse of children (73.3%), illegal production and distribution of drugs (57.8%) or human trafficking (28.6%).¹²

⁷ Svedrović, M, *Kriminalnopolitička opravdanost promjena kaznenih sankcija s osvrom na uvođenje doživotnog zatvora i na sustav izricanja kazne*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 10, No. 2, pp. 341-428.

⁸ Svedrović, *op.cit.*, note 7, p. 344.

⁹ Slučaj Vinter i drugi protiv UK (predstavka br. 66069/09, 130/10 i 3896/10)

¹⁰ Jovanić, *op.cit.*, note 1, p.36.

¹¹ Ignjatović, Đ., *Kriminološko nasleđe*, Policijska akademija, Beograd, 1997, pp. 8-9.

¹² Petrović, V., *Izricanje kazne zatvora u Srbiji kao reakcija na zločin*. U O. Jović-Prlainović (Ur.), *Tematski zbornik radova „Nacionalno i međunarodno pravo – aktuelna pitanja i teme“*, Tom 2 (pp. 111-129). 26. maj 2017. god., Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, 2017, p. 115.

The data lead to the conclusion of penal politics in Serbia being lenient.¹³ After consideration of the described state of affairs, the following question poses itself – do the potential offenders create their own view of the expected punishment according to the legally set one or the ones passed by the court. Should the ones being passed by the court be considered, with the observed penal policies of the court which is largely based on using the institute of sentence mitigation, it is concluded that the potential offenders may perceive such penal policy as bringing more benefits than harm.¹⁴ On the other hand, should the legally set punishments be taken as the anticipated value, there is a disagreement about their effects on the field of general prevention.

There are viewpoints which indicate that the legislator prescribes excessive punishments which are considered to be effective on the field of general prevention according to the theory of deterrence, namely, that the possibility of harsh punishment will deter the potential offenders from crime.¹⁵ Another viewpoint maintains that more stringent predicted punishments decrease the possibility of them being sentenced, which reduces the general prevention levels.¹⁶

Furthermore, Ćirić¹⁷ claims that lenient penal politics of courts reduces the effects on the level of general prevention, however, it is not justifiable to advocate the excessively strict penal politics, namely to set an example by punishing someone either. Exemplary punishment, being too repressive, is unjust towards the offender and is ineffective on the field of reduction of crime. In the case of exemplary punishment, the emphasis is placed on the way the sentence shall influence potential offenders, and the sentenced offender is neglected as the deserved and justifiable punishment is being exceeded from the point of view of purpose of the punishment.¹⁸

Public security is generally in the focus of activities of criminal-political measures; however, a completely different form of rehabilitation seems to be emerging where the primary goal is to avoid any damage to the community, instead of improvement of the offender's treatment and life quality.¹⁹ In case that the articles on life sentence apply, there remains the question of quality execution of the penal system, taken that, in the on-going practice of execution of prison sentences, no systematically specialized treatment organized by specific convict categories has existed, not even for sex offenders. The potential overpopulation of prisons due to an increase of number of those convicted to life sentences and long custody shall be an additional burden for prison capacities and the employees and it will further

¹³ Petrović, *op.cit*, note 12, p. 117.

¹⁴ Petrović, *op.cit*, note 12, p. 117.

¹⁵ Ramakers, A.; van Wilsem, J.; Apel, R., *The effect of labour market absence on finding employment: A comparison between ex-prisoners and unemployed future prisoners*, European Journal of Criminology, Vol. 9, No. 4, 2012, pp. 442-461.

¹⁶ Begović, B., *Ekonomska teorija generalne prevencije: osovna pitanja*. U: Đ. Ignjatović (Ur.), *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, tematska moografija, 4 deo* (pp. 127-140), Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010, p. 135.

¹⁷ Ćirić, J., *Egzemplarno kažnjavanje*, Crimen, Vol. 3, No. 1, 2012, pp. 21-38.

¹⁸ Ćirić, *op. cit*, note 17, p.24.

¹⁹ Jovanić, G.; Žunić-Pavlović, V., *Primena principa rizika, potreba i responzivnosti u penalnom tretmanu seksualnih prestupnika*. U O. Vujović (ur.), *Zbornik radova Naučnog skupa sa međunarodnim učešćem „Univerzalno i osobeno u pravu“*(pp. 115-138),18.5.2018. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, 2018, p.132.

increase the budget expenses for the need of prison system organization and function under altered condition.

The idea and practices of punishment based on rehabilitation and reintegration of convicts find their foundation on behavioural changes in offenders and elimination of etiological factors of dynamic character in the course of the penal treatment for the purpose of post-penal reintegration into a community. By overcoming personal issues, change in attitudes, adoption of socially acceptable skills, habits and interests, the convicts are supposed to find it easier to establish pro-social relationships during their reintegration into the society, which should, in turn, eliminate any motifs for recidivism. It was somewhat utopian to expect that the change in personal factors would be enough for elimination of recidivism without a parallel change in social circumstances which remained unaltered and with an equally crime-generic effect. Thus, it is not surprising that Martinson concludes that the treatment programs which are applied towards convicts in prisons do not bring the desired effects, whilst the high-risk offenders do not improve but remain high-risk, recidivism does not get reduced, making a prison a mere reflection of its name – an institution where one is imprisoned, and nothing more.²⁰ Maloić additionally emphasizes the etiological direction of research towards an individual and an erosion of individual responsibility by classifying the rehabilitation approaches into the “soft heart approaches”. Simultaneously, the community is exposed to a certain degree of risk. A relative influence on an individual is achieved, but not the reduction of the overall crime rates.²¹ Martinson’s criticism triggered efforts towards advocating more stringent punishments and mass incarceration of offenders, however, they also influenced a number of scientists, practitioners and researches into improvement of assessment instruments, more quality treatment programs, specification, specialization and individualization of different programs for special categories of convicts.

Within strategies and programs based on rehabilitative-reintegration approaches a variety of penal treatments have been developed around the world with the aim of more effective reduction of recidivism, especially for those offenders who inspire fear among the population with their criminal acts. Sex offenders are in focus of such programs, as well as the offenders who expressed violent behaviour towards others.

Since the newly adopted Criminal Law of Serbia places the emphasis on these categories of convicts in particular, with an explanation that they are “beyond improvement” and that they will always recede regardless of penal law measurements undertaken, we consider empirical indicators of risk reduction possibilities as being neglected in the aforementioned category of offenders. We shall shortly turn to some of the penal treatment programs towards the named categories of convicts which have proved to be effective in practice.

2. Programs Based on Principles of Effective Interventions

Serious quality improvements in search for treatment programs which may achieve the desired changes in offenders’ characteristics, and thus influence the reduction of recidivism, were made by a group of authors from Canada (Andrews, Bonta, Gendreau and Ross) at the end of the twentieth century. By studying various applicable programs and practical

²⁰ Martinson, R., *What works? - Questions and answers about prison reform*, The public interest, Vol. 35, 1974, pp. 22-54.

²¹ Maloić, *op. cit.*, note 4, p. 32.

experiences, they formulated the principles of effective interventions.²² The formulated principles cover central questions of treatment of offenders: the risk principle, the need principle and the responsivity principle (Risk, Need, Responsivity – RNR).²³

The essence of the *Risk Principle* is that an intensive treatment should be applied towards the persons with high risk levels for criminal behaviour, while for those of low risks, it is better to predict a minimal intensity treatment. In contrast to common attitudes, Andrews et.al expressed their conviction that even high risk convicts may achieve changes, which also accomplishes the highest level of recidivism reduction. The *Need Principle* focuses on factors which are possible causes of crime and recidivism. The recidivism factors or predictors may be *static*, the unchangeable ones, and *dynamic*, which potentially may be changed. The interventions should aim the dynamic features of character and life situation of high-risk offenders, dynamically connected to criminal behaviour. Some of them are: alteration of antisocial attitudes, antisocial feelings and peer interaction; improvement of family cohesion in combination with anti-criminal modelling and improvement of self-control skills. *Responsivity Principle* refers to styles and models of services which are to have the influence on the defined specific aims, and that they are in accordance with the learning styles of the offenders. The expert in the treatment should behave as a role model and a source of social ground with the aim enhancement of pro-social and anti-criminal attitudes, cognitive and behavioural patterns, with prominent enthusiasm and clear reinforcement of anti-criminal attitudes and behaviour patterns.²⁴ In the past thirty years or so, additional findings have been accumulated on the efficiency of the applied intervention, new principles have been added to the list, but the three aforementioned basic principles have not been abandoned.

The risk concept is associated with the notion of danger and probability with a task of identification and study of the dangers with the aim of reduction of this phenomenon. Thus, it is important to assess the quality and intensity of recidivism risk in each specific case.²⁵ The basis of an effective work with the convicts is made up by the risk assessment itself. It is necessary to establish the risk levels in convicts and risk factors for committing a new crime. With this, interventions which may be conducted in the aim of management, while reduction of risk of recidivism should be considered in all convict categories, including the sex offenders.²⁶ Certainly, the crime of sex offenders leaves serious consequences for the victims, the victim's family and the social community, it intensifies the public attention and for these reasons it frequently holds a special place in legislation.²⁷

The biggest concern of the public and the experts is triggered by the matter of truthfulness in prediction of future behaviour and sex offender recidivism. Multi-causality is

²² Žunić-Pavlović, V., *Evaluacija u resocijalizaciji*, Partenon, Beograd, 2004, p. 163.

²³ Andrews, D.; Zinger I.; Hoge D.; Bonta, J.; Gendreau, P.; Cullen, F., *Does Correctional Treatment Work? A Clinically Relevant and Psychologically Informed Meta-Analysis*, *Criminology*, Vol. 28, No. 3, 1990, pp. 369–404.

²⁴ Žunić-Pavlović, op. cit, note 22, p. 164.

²⁵ Mužinić, L.; Lj. Vukota, Lj., *Tretman seksualnih delinkvenata i zaštita zajednice*, Medicinska naklada i psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2010, p. 36.

²⁶ Hanson, R. K.; Sheahan, C. L.; VanZuylen, H., *Static-99 and RRASOR predict recidivism among developmentally delayed sexual offenders: A cumulative meta-analysis*. *Sexual Offender Treatment*, Vol. 8, No. 1, 2013, pp. 1-14.

²⁷ Baldwin, K., *Sex Offender Risk Assessment*, U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, Office of Sex Offender Sentencing, Monitoring, Apprehending, Registering, and Tracking, 2015, <https://www.smart.gov/pdfs/SexOffenderRiskAssessment.pdf>. Accessed 10 May 2019.

a factor which impairs an absolute prediction of such a character; however, researches in this century have shown a quality improvement towards this. Hanson names two principles of quality assessment of sex offender's recidivism, the first one referring the permanent tendencies or potentials for recidivism, and the second referring to factors which indicate the occurrence of criminal behaviour.²⁸ Recidivism is able to be predicted by determination of risk factors in personal characteristics or life situation of an individual offender. The risk identification is possible with the means of systematic research of risk factor numbers and varieties, or present needs in an individual case.²⁹ High level of agreement among the scientist on factors which contribute to manifestation and maintenance of criminal behaviour indicates that it is necessary to be aware of those factors in order to plan and conduct penal treatment. Certainly, a treatment should be executed in the course of prison sentence serving and work on change of characteristics and behaviour, instead of simplified isolation and segregation of convicts. Only after the treatment should the possibility of parole be considered. Realistic examination of potential improvements and changes in a convict after a penal treatment is conducted, with regard to empirical and theoretical findings on etiological recidivism factors may provide a more realistic insight on the convict posing potential danger for society should parole be granted for them.³⁰ According to the new Criminal Law, such a possibility is eliminated in advance by sentencing one to life imprisonment without possibility for parole for certain sex offenders, which is explained by the concern that, after being imprisoned for many decades, such a convict is most likely to turn to recidivism.

Mistrust is expressed in the overall improvement in the field of sex offender recidivism risk assessment instruments such as Static-99R i Static-2002R, Risk Matrix – 2000 Sexual/Violence, Rapid Risk Assessment for Sexual Offense, Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised-MnSOST, Structured Anchored Clinical Judgement Scale, Violence Risk Appraisal Guide-VRAG, Sex Offender Risk Appraisal Guide-SORAG, Sexual Violence Risk SVR-20 and many other, even though the modified version of Offender Assessment System-OASys instrument is in official use in prisons of Serbia.

Also neglected are the results of a research which confirm the effectiveness of specialized penal treatment for sex offenders. Luković and Petrović³¹ emphasized misconceptions and empirically proven sex offender treatment programs while stressing the advantage of cognitive-behavioural treatment models (CBT). The authors describe positive results of many programs such as Community Sex Offenders Group work programme, Clearwater Treatment Programme, Thames Valley Sex Offenders Group work Programme, Northumbria Sex Offender Programme. They further recall³² researches on effectiveness of the applied programmes with sex offenders based on CBT, stating the results of the Hanson and Yates study from 2013, which suggests a decrease of recidivism rates after the application of the program for 85 to 95%. Furthermore, there is the Gordon and Nicholaichuk study from 1996 with the findings that sex offenders who were included in a specialised treatment seldom

²⁸ Hanson, K. *Sex Offender Risk Assessment*, Department of the Solicitor General of Canada, Ottawa, Canada, 2009, 34.

²⁹ Žunić-Pavlović, op. cit, note 22, p. 164.

³⁰ Petrović, V.; Jovanić, G., *Dodela uslovnog otpusta i faktori rizika recidivizma*, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Vol. 36, No. 2, 2017, p. 50.

³¹ Luković, M.; Petrović, V, *Modeli tretmana seksualnih prestupnika*, Specijalna edukacija i rehabilitacija, Vol. 16, No. 3, 2017, pp. 337-370.

³² Luković; Petrović, op. cit, note 31, pp. 348-351.

committed new sex (4.7%) and other offences (7.8%) than the untreated sex offenders who committed sex offences (6.2%) and other offences (13.6%). On the other hand, the treated high risk sex offenders showed fewer sex (6%) and other recidivisms (8.6%) than the untreated high risk sex offenders (14.6% sex and 16.6% other recidivisms). The authors Luković and Petrović displayed the results of meta-analysis Hanson and Yates from 2013, and Lösel and Schmucker from 2005 which indicate that sex offenders' treatments achieved a total reduction of recidivism of 22%. Additionally, a number of researches presented by Luković and Petrović,³³ prove that the application of specialized penal treatments is necessary and effective in reduction of sex and violent recidivism. Other authors name effective program models with sex offenders which include Cognitive Behavioural Therapy - CBT, Relapse Prevention-RP, SelfRegulation Model, Risk, Need, Responsivity and Good Lives Model - GLM.³⁴

By searching through available bases of scientific papers on effectiveness of sex offenders' treatment, it is noticeable that a number of authors and research results which carry affirmative attitudes towards treatments of sex offenders, which largely exceed the scope of this paper. This is the reason why the assumption of the proposer of the law is unclear, as well as the adopted norms which prejudice recidivism in advance, thus rendering parole of certain sex offender categories unavailable. Additional ambiguity comes from the fact that the institute of parole is facultative in character and generally rarely applied in practice of Serbian courts, so we shall briefly turn to those facts as well.

3. Parole in Practice in Serbia

Since the introduction of the institution of parole in 1869 in Serbia's legislation, formal assumptions of its granting have been altered numerous times; however, the material assumptions have always been focused on a positive change of a convict's behaviour. In modern times, material assumptions refer to recidivism risk assessment results.³⁵

The attitudes of danger posed to society as a result of dangerous sex offenders being released on parole are not realistically sustainable as the institute of parole is applied rarely. The analysis of data differs depending on a researcher, sample and time of observation, but it may be determined that in relation to the number of submitted appeals by the convicts (regardless of the crime they were imprisoned for at the time of the analysis), the courts grant parole to up to a third of the total number of submitted appeals at best.

In the period of before 2009 in Serbia a formal condition for submitting an appeal for parole was that half of the sentence had passed. In that period (1 January 2008 – 30 Jun 2009), it is noted that the court responded affirmatively and granted parole in 30.6% of cases (from the total of 6326 submitted appeals, 1939 was affirmatively responded to).³⁶ After 2009, a stricter formal criterion was adopted. Since then, the formal condition for submitting an appeal for parole has been that two thirds of the sentence has passed. Relatively higher per cent of granted paroles in a sample of those sentenced to up to three years in prison is noted by Jovanić and Petrović, who observe that the court responded affirmatively in 33.8% cases.³⁷

³³ Luković; Petrović, *op. cit.*, note 31, p. 348-351.

³⁴ Jovanić; Žunić-Pavlović, *op. cit.*, note 19, p. 129.

³⁵ Jovanić, G.; Petrović, V., *Uslovno otpuštanje u praksi okružnog zatvora i nadležnih sudova*. Specijalna edukacija i rehabilitacija, Vol. 16, No. 1, 2017, pp. 95-122.

³⁶ Jovanić, G, *Standardizacija postupka uslovnog otpusta kao mera zaštite od recidiva* (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu – Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju, Beograd, 2012, p. 112.

³⁷ Jovanić.; Petrović, *op.cit.*, note 35, p. 104.

The research in the form of expert analysis³⁸ considered parole granting in three largest prisons in Serbia (in Niš, Sremska Mitrovica and Požarevac) in the period between 2011 and 2015. From the total of 11,349 submitted appeals for parole, the court affirmatively responded in 1,583 cases (13.9%). This is significantly lower percentage of granting in relation to the mentioned data by Jovanić and Petrović from 2017, however, it should be born in mind that the population from the three largest prisons was sentenced to longer imprisonment with higher risk levels. By analysis of those released on parole according to their crime, it is observable that 14 of them were sentenced for rape, which makes 0.88% of all parole. Simultaneously, those convicted for murder made up 7% of those on parole, those convicted for burglary 15%, and the most frequent parolees were those convicted for drug-related offences (37.2%).³⁹

Conclusion

By amendments and supplements to the Criminal Law of the Republic of Serbia, life sentence as a punishment for the most severe crimes and the most aggravated forms of criminal offences has been introduced. This eliminated the possibility of prison sentence of between 30 to 40 years, which has been the harshest punishment so far. Disputes in a part of Serbian public have been triggered by the choice of the retributive concept made by elimination of possibility to be granted parole for certain crimes sentenced to life long imprisonment and where the subject of the assault with lethal consequences was a child, a pregnant woman, a disabled person or where the child abuse was executed by abuse of power and authority. For the perpetrators of these crimes, incarceration and segregation until their death is predicted, with the only possibility of parole being by the act of pardon by the president of the state. The possibility for parole being granted by the courts in case of life sentence after 27 years since the beginning of the execution of the punishment have passed remained for 15 types of crime.

In our paper we described criticism directed towards the concept of general prevention based on normative prediction and courts not applying the most stringent punishment. Special criticism aimed towards exemplary punishments and the transfer of authority for granting parole from the court to the executive power, as well as the issues in penal organization of life sentence execution. The space, the staff and the budget are additionally burdened by the convicts deprived of motivation for personal changes, who experience further psychological consequences of long-term incarceration with no hope for freedom, sentenced to die in prison. This deviates from basic aims of punishment which demand changes in the offenders for the reason of post-penal reintegration which is nonexistent in the case of life imprisonment with no parole. Furthermore, this is a deviation from civilization heritage of European penal theory and practice, and there is a possibility of reaction of the European Court for Human Rights because of the divergence from accepted international Conventions on Human Rights on Fundamental Freedoms. We specially emphasized the unjustifiable disregard of the achieved development of the risk assessment instruments and the effectiveness of penal treatment of the dangerous and especially sex offenders. Moreover, we endorsed the unfounded concerns for

³⁸ Vujičić, N.; Stevanović, Z.; Ilijić, Lj., *Primena instituta uslovnog otpusta od strane sudova u Republici Srbiji-ekspertska analiza*, Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju - Misija u Srbiji i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja Beograd, 2017, pp. 12-14.

³⁹ Vujičić, N.; Stevanović, Z.; Ilijić, Lj., *op.cit.*, note 38, p. 14.

mass parole of perpetrators of general crimes, as well as of sex offenders who are released on parole in extremely rare cases. We would like to specially emphasize the situation where the perpetrator of rape with lethal consequences for a child or a pregnant woman may be defended from the point of view that the deed was done with genocidal intent instead of a sexual motive. With the act defined as genocide, the court may sentence one to a lifelong imprisonment but with a possibility for parole, which would not be the case if the crime was qualified as a rape of a child with lethal consequences. The aforementioned criticism of the adopted legal solutions are considered to be an argument enough for change of hearts, which will, beside the insistence for general prevention, appreciate the findings and experiences of the science and practice in the domain of criminal law, criminology and penology.

REFERENCES

- Andrews, D., Zinger I., Hoge D., Bonta, J., Gendreau, P. & Cullen, F., *Does Correctional Treatment Work? A Clinically Relevant and Psychologically Informed Meta-Analysis*, Criminology, Vol. 28, No. 3, 1990.
- Baldwin, K., *Sex Offender Risk Assessment*, U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, Office of Sex Offender Sentencing, Monitoring, Apprehending, Registering, and Tracking, 2015, <https://www.smart.gov/pdfs/SexOffenderRiskAssessment.pdf>. Accessed 10 May 2019.
- Begović, B., *Ekonomska teorija generalne prevencije: osnovna pitanja*. U: Đ. Ignjatović (Ur.), *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, tematska moografija, 4 deo* (pp. 127-140), Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010.
- Ćirić, J., *Egzemplarno kažnjavanje*, Crimen, Vol. 3, No. 1, 2012.
- Crowell, H., *A Home of One's Own: The Fight Against Illegal Housing Discrimination Based on Criminal Convictions, and Those Who Are Still Left Behind*, Texas Law Review, Vol. 95, No. 5, 2016.
- Cullen, F. T., Jonson, C. L. & Nagin, D. S., *Prisons do not reduce recidivism: The high cost of ignoring science*, The Prison Journal, Vol. 91, No. 3, 2011.
- Hanson, K. *Sex Offender Risk Assessment*, Department of the Solicitor General of Canada, Ottawa, Canada, 2009.
- Hanson, R. K., Sheahan, C. L. & VanZuylen, H., *Static-99 and RRASOR predict recidivism among developmentally delayed sexual offenders: A cumulative meta-analysis*. Sexual Offender Treatment, Vol. 8, No. 1, 2013.
- Ignjatović, Đ., *Kriminološko nasleđe*, Policijska akademija, Beograd, 1997.
- Jovanić, G., *Standardizacija postupka uslovnog otpusta kao mera zaštite od recidiva*. Doktorska disertacija, Univerzitet u Beogradu – Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju, Beograd, 2012.
- Jovanić, G. & Petrović, V., *Uslovno otpuštanje u praksi okružnog zatvora i nadležnih sudova*. Specijalna edukacija i rehabilitacija, Vol. 16, No. 1, 2017.
- Jovanić, G. & Žunić-Pavlović, V., *Primena principa rizika, potreba i responzivnosti u penalnom tretmanu seksualnih prestupnika*. U O. Vujović (ur.), *Zbornik radova Naučnog skupa sa međunarodnim učesćem „Univerzalno i osobeno u pravu“* (pp. 115-138), 18.5.2018. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, 2018.
- Jovanić, G., *Kazni, zatvori, zaposli*, Univerzitet u Beogradu, Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju, Beograd, 2017.

- Luković, M. & Petrović, V., *Modeli tretmana seksualnih prestupnika*, Specijalna edukacija i rehabilitacija, Vol. 16, No. 3, 2017.
- Maloić, S., *Suvremeni pristupi kažnjavanju kao determinante kvalitete života u obitelji, susjedstvu i zajednici—nove perspektive suzbijanja kriminala*, Kriminologija i socijalna integracija: časopis za kriminologiju, penologiju i poremećaje u ponašanju, Vol. 21, No. 2, 2014.
- Martinson, R., *What works?—Questions and answers about prison reform*, The public interest, Vol. 35, 1974.
- Mužinić, L. & Lj. Vukota, Lj., *Tretman seksualnih delinkvenata i zaštita zajednice*, Medicinska naklada i psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2010.
- Petrović, V. & Jovanić, G., *Dodela uslovnog otpusta i faktori rizika recidivizma*, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Vol. 36, No. 2, 2017.
- Petrović, V., Izricanje kazne zatvora u Srbiji kao reakcija na zločin. U O. Jović-Prlainović (Ur.), *Tematski zbornik radova „Nacionalno i međunarodno pravo – aktualna pitanja i teme“*, Tom 2 (pp. 111-129). 26. maj 2017. god., Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, 2017.
- Ramakers, A., van Wilsem, J. & Apel, R., *The effect of labour market absence on finding employment: A comparison between ex-prisoners and unemployed future prisoners*, European Journal of Criminology, Vol. 9, No. 4, 2012.
- Svedrović, M., *Kriminalnopolitička opravdanost promjena kaznenih sankcija s osvrom na uvođenje doživotnog zatvora i na sustav izricanja kazne*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 10, No. 2.
- Vujičić, N., Stevanović, Z. & Ilijić, Lj., *Primena instituta uslovnog otpusta od strane sudova u Republici Srbiji—ekspertska analiza*, Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju - Misija u Srbiji i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja Beograd, Beograd, 2017.
- Walmsley, R., *Global Incarceration and Prison Trends*, Forum on Crime and Society, Vol. 1, No. 2, 2003.
- Žunić-Pavlović, V., *Evaluacija u resocijalizaciji*, Partenon, Beograd, 2004.

**ФОРМИРАЊЕ НА СПЕЦИЈАЛИЗИРАНО ТРГОВСКО СУДСТВО КАКО
АЛТЕРНАТИВА ЗА РЕДЕФИНИРАЊЕ НА СУДСТВОТО ВО РЕПУБЛИКА
СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА**

Горан Коевски

редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први”
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј”, од Скопје,
E-mail: gkoevski@gmail.com

Борка Тушевска Гавриловиќ

вонреден професор на Правниот факултет
при Универзитетот “Гоце Делчев” од Штип,
E-mail: borka.tusevska@ugd.edu.mk

Дарко Спасевски

вонреден професор на Правниот факултет „Јустинијан Први”,
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј”, од Скопје
E-mail: spasevski_d@yahoo.com

Апстракт

Во овој труд авторите ги анализираат главните трендови, меѓународни искуства и предностите од воведувањето на специјализирани трговски судови во Република Северна Македонија. Споредбената анализа ги зема во предвид предностите и слабостите од воведувањето на трговските судови. Истражувањето ги анализира искуствата на земјите од англосаксонското право (САД и Велика Британија) и на земјите од континенталното право (Германија, Франција, Италија, Швајцарија и Холандија) како и на земјите од соседството. Дополнително, авторите прават и анализа на искуствата од работењето на стопанските судови во нашата држава, пред истите да бидат укинати.

Како основа на истражувањето во трудот се земаат извештаите на релевантните меѓународни институции за состојбите во судството во Северна Македонија, а пред се извештаите за напредокот на Европската Унија.

Клучни зборови: *трговски судови, реформи на судство, споредбено искуство.*

ESTABLISHING OF SPECIALIZED COMMERCIAL COURTS AS ALTERNATIVE FOR REDEFINING OF THE COURT SYSTEM OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

Goran Koevski,

Full Professor, University „Ss. Cyril and Methodius”,
Faculty of law „Iustinianus Primus”, Skopje
E-mail: gkoevski@gmail.com

Borka Tushevska

Associate professor, Faculty of Law Shtip,
University Goce Delchev – Shtip
E-mail: borka.tusevska@ugd.edu.mk

Darko Spasevski

Associate Professor, University „Ss. Cyril and Methodius”, Faculty of law
„Iustinianus Primus”, Skopje
E-mail: spasevski_d@yahoo.com

Abstract

In this paper, the authors are analyzing the benefits of introducing of specialized commercial courts in the Republic of North Macedonia through an analysis of the main trends and international experiences in this field. The comparative analysis takes into account the advantages and weaknesses of the introduction of specialized commercial courts. This research analyzes the practice of the Anglo-Saxon countries (the United States and the United Kingdom) and the practice of the countries of Continental Law (Germany, France, Italy, Switzerland and the Netherlands), as well as neighboring countries. Additionally, the authors are analyzing the experiences from the work of the commercial courts in our country, until they were abolished. This paper is also taken into account the reports of the relevant international institutions on the judicial system in North Macedonia, and in particular the Progress Reports of the European Union.

Key words: *commercial courts, reform in judiciary, comparative experience.*

ТРГОВСКОТО СУДСТВО И НЕГОВОТО ПОЗИЦИОНИРАЊЕ ВО РЕФОРМАТА НА ПРАВОСУДНИОТ СИСТЕМ НА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

Помеѓу клучните државни приоритети на Република Северна Македонија, се реформите во правдуството. Најголем дел од реформските процеси се посветени на реформирање на кривичното судство, како и на јавното обвинителство. Наспроти ова, незначително внимание е посветено на реформите на трговското судство, како начин на решавање на трговските спорови. Во корпусот на модалитети за решавање на трговски

спорови, секако влегуваат и механизмите за алтернативно решавање на спорови. Сепак, и во овој сегмент исто така е посветено скромно внимание во практиката.

Еден од приоритетите нотирани во “Програма на економски приоритети 2018-2020“, подготвена од Министерството за финансии, а објавена во јануари 2018 година е приоритетот П5 кој содржи “зајакнување на независноста и капацитетите на трговските судови”, кое што е изразено во насока на зголемување на капацитетите на трговските одделенија во рамките на постојните судови. Ефикасноста на судовите во рамките на Советот на Европа е обработена и во извештаите на Европската комисија за ефикасност на правдата (CEPEJ), каде што таа особено е опсервирана низ призмата на стапката на решени предмети (clearance rate) и просечното време за решавање на предметите (disposition time).¹

Во 2016 година во надлежните судови биле примени 1.258 предмети во областа на трговските спорови, а во овој период биле решени 1.432 предмети. Согласно наведеното, стапката на решени трговски предмети (clearance rate) во 2016 година изнесува 113,83%, а просечното време за решавање на предметите (disposition time) изнесува 271,46 дена.² Во извештајот за напредокот на Република Северна Македонија за членство во Европската Унија во делот на решавање на трговски спорови, односно поконкретно за механизмите за алтернативно решавање на спорови се наведува дека има потреба од промоција на овие механизми.³ Имено се наведува дека ”арбитражата се уште не се смета како ефикасна алатка за обезбедување на правда ниту од страна на странките во споровите ниту од страна на судовите”⁴. Во однос на медијацијата се наведува дека ни ефектите од примената на новиот Закон за медијација од 2013 (заедно со тековните измени) се уште не се утврдени.⁵ Согласно со податоците за Извештајот за напредок на Северна Македонија за членство во Европската Унија, може да се забележи дека кај нас има повеќе судии во споредба со просекот на Европската Унија. Имено, согласно со податоците кои се презентирани за 2018 година, нашата земја има 25 судии на 100000 жители, додека во Европската Унија на 100000 жители има 21,5 судии⁶.

Специјализацијата на судството и засебното функционирање и издвојување на трговското судство е тренд што во различни земји во светот функционира веќе подолг период. Концептот на специјализација на судството е прифатен и од страна на Работната група на Советодавното тело на европски судии (*Working Party of the Consultative Council of European Judges - CCJE*) кое во извештајот од март 2012 година ги определува следните причини односно приоритети при изградбата на трговското судство:

1) Зголемената специјализација на самото право и растот на сложени правни односи.”

¹ Види: “Програма на економски приоритети 2018-2020“, Министерство за финансии на Северна Македонија, 2018, страница 10.

² Ibid. стр. 10.

³ Види: “North Macedonia 2019 Report”, достапно на <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-north-macedonia-report.pdf>, пристапено на 2.6.2019 година, стр. 10.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

2) Општествениот контекст, односно барањето на општеството судовите да покажат поголема експертиза и ефикасност

3) Процесите на специјализација кои постојат во адвокатурата и обвинителството.⁷

Различни студии спроведени во Соединетите Американски Држави и во Австралија покажуваат дека специјализацијата на судовите може да биде преку намалување на времетраењето на судските постапки за сложени предмети за кои има потреба од поседување на посебна експертиза на лицата кои одлучуваат и на лицата кои учествуваат во постапката, а се поврзани начесто со областите на стечајното право, еколошкото право, деловното право, итн.⁸ Генерално, како причини за специјализација на судовите или на посебни судски одделенија се споменуваат следните причини: а) подобрување на ефикасноста. Преку специјализација на судиите, како и на административните службеници во специјализираните судови се влијае на ефикасноста на процедурата како и на целокупниот процес на менаџирање со предметите; б) преку формирање на специјализирани судови се влијае и на растоварување на судовите од општа надлежност, со пренесување на дел од предметите; в) специјализацијата на судиите води до донесување на поквалитетни одлуки, особено во сложени предмети кои изискуваат поконкретни знаења. Нивното големо искуство и стручност ќе доведе до донесување на подобри одлуки кое ќе резултира со подобар исход на постапките; г) креирањето на специјализирани судови со посебна јурисдикција (надлежност) ќе доведе до создавање на воедначена судска пракса во дадената област за која е надлежен одреден суд што ќе доведе до поголем степен на предвидливост на судските одлуки и зголемување на довербата во судовите, како и претпоставка за намалување на предмети по жалби.⁹

Од друга страна треба да се имаат во предвид и одредени забелешки кои се констатирани во различни студии. Во низата на забележки може да ги вбориме следните: а) формирањето на специјализирани судови, се смета за привилегија на односната група адресати за кои се однесува, додека останатите субјекти треба да се ослонат на судовите со редовна (општа) надлежност, б) специјализацијата на судовите претставува само дуплирање на работата на постојните експерти (пример за ваквото решавање на спорови се механизмите превидени во градежните спорови - *dispute board* – кои се составени од експерти специјализирани за односното прашање), без притоа да се додаде посебна додадена вредност, в) при формирањето на специјализираните судови, да се преземат мерки за подобрување на состојбите за целокупниот правосуден систем. Може да се забележи дека на краток рок, пренесувањето на предмети од судовите со општа надлежност на специјализираните судови може да влијае позитивно во насока на растоварување на првиот тип на судови. Но, ако од промената имаат корист само мала група на субјекти корисници на услугите и позитивните резултати не се

⁷ Види: Gramckow, H., Walsh, B., Developing Specialized Court Services - International Experiences and Lessons Learned”, The World Bank, 2013, стр. 9, достапно на: <http://documents.worldbank.org/curated/en/688441468335989050/pdf/819460WP0Devel00Box379851B00PUBLIC0.pdf>, пристапено на 22.3.2018 година.

⁸ Види: Gramckow, H., Walsh, B., *op.cit.* стр. 5.

⁹ *Ibid.* стр. 10; види и: Коевски, Г., Спасевски, Д., „Трендови во поглед на специјализацијата на судството од областа на трговските спорови“, достапно на <https://akademik.mk/trendovi-vo-pogled-na-opsijsjalizatsijata-na-sudstvoto-od-oblasta-na-trgovskite-sporovi/>, пристапено на 3.6.2019 година.

пренесат на целокупниот судски систем, тогаш ќе се доведе под знак на прашање процесот на специјализација на судот, г) се смета дека можеби е подобро средствата кои се потребни за формирање и функционирање на специјализирани судови да се искористат за подобрување на судовите од општа надлежност, д) судиите кои работат во специјализираните судови може да се насочат на одредена специјалност, но истовремено се стеснува нивниот поглед кон останатите делови на правото, што може да резултира со ограничување на нивната способност да ги имаат во предвид останатите делови од правото при нивното постапување, ѓ) со самата специјализација, претпоставката е и дека судиите, со оглед на тоа што ќе работат постојано само со одреден тесен круг, на субјекти, може да развијат лични односи со овие субјекти кои судиите ќе ги ограничат во нивната објективност.¹⁰

Што се однесува до начинот и структурирањето на специјализацијата на трговското судство, односно бил кој вид на судство, може да се забележат различни модалитети. Избраниот модел треба да биде соодветен на проблемот кој треба да се реши со специјализацијата и кој може да биде различен од земја до земја, а пред сè зависи од бројот на предмети, како и од сложеноста на предметите кои би се опфатиле со специјализацијата.¹¹

Во таа насока може да се издвојат следните модели на организациско устројство на специјализирани судови: а) Основање на засебни судови или дури и основање на засебен судски систем. Овие судови би функционирале и во засебни згради и би применувале и процесни правила кои би биле различни од правилата што важат за другите судови; б) Формирање на посебно судско одделение или сектор во рамките на постојниот суд (во соседството, види го примерот на Република Бугарија¹²), в) Создавање на судии кои ќе имаат посебна специјализација за одредена област или на посебни специјализирани судски совети во рамките на постоен суд. Ваквиот модел е особено погоден за мали судови кои немаат многу голем број на предмети. Во ситуациите кога одлуката ја носи судски совет, доволно е еден од судиите членови на тој совет да биде специјализиран за одредена област. Таков е примерот на германскиот федерален суд (*Bundesgerichtshof*) каде во секој панел на судии има еден судија т.н. судија известител кој е специјализиран за областа од која доаѓа конкретниот предмет.¹³

Во 1980 година Конгресот на Соединетите Американски Држави основал посебен комитет (*Federal Courts Study Committee*) да истражи голем број на прашања и да направи евалуација на работата на специјализираните судови.¹⁴

¹⁰ *Ibid.* стр. 5.

¹¹ За специјализација на судството генерално види: Кипријановска, Д., За концептот на специјализирано судство, достапно на <http://ihr.org.mk/p.php?pid=329> пристапено на 11.4.2018 година.

¹² За судскиот систем во Република Бугарија, види повеќе: https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-bg-maximizeMS-en.do?member=1 пристапено на 21.4.2018 година.

¹³ *Ibid.* стр. 14-15.

¹⁴ Во 1990 година во посебен извештај на овој Комитет, покрај другото биле определени и критериуми што треба да одредат кога може и треба да се основа посебен специјализиран суд: Предметот на спорот припаѓа на засебна област која што може да биде одделена од другите области на правото; Областа за која се однесува специјализацијата опфаќа голем број на предмети кои претставуваат оптоварување на постојните судови и пренасочувањето на овие спорови кон специјализираниот суд ќе резултира со растоварување на постојните редовни судови; Предметите опфаќаат прашања од стручна и техничка природа за чие постапување е потребно судијата да поседува посебна

Во поглед на стварната надлежност која ќе се довери на специјализираните трговски судови, исто така, постојат различни пристапи и различни решенија. Генералното правило е дека треба да постои јасна разлика помеѓу надлежностите на специјализираните судови и судовите со општа надлежност, со цел да не се преклопуваат нивните надлежности, односно да не се доведеме во ситуација кога тие меѓусебно ќе си конкурираат со надлежностите и ќе дојде до судир помеѓу нив.¹⁵

ЗАКОНСКА РАМКА ЗА ОПРЕДЕЛУВАЊЕ НА ТРГОВСКОТО СУДСТВО ВО СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

Постапувањето во судските постапки во сегментот на трговски спорови во Северна Македонија е уредено со Законот за судовите¹⁶ и Законот за парничната постапка¹⁷. Законот за судовите е основен системски закон со кој се уредува устројството и организацијата на судовите во Северна Македонија.

Согласно со членот 12 (1) од Законот за судовите, работата во судовите по правило се врши во специјализирани судски оддели. Во членот 12 (2) од Законот за судовите е предвидено дека специјализираните судски оддели се формираат во зависност од видот и обемот на работа во судот, и тоа во кривична област, малолетнички криминалитет, граѓанска и стопанска област, работни спорови и за други покарактеристични видови спорови од делокругот на работата на судовите. Покрај специјализација на судски оддели, Законот за судовите признава и предвидува и специјализација на судии. Имено, согласно со членот 12 (3) од Законот за судовите, во рамките на специјализираниот судски оддел се остварува специјализација на судиите.

Согласно со членот 22 од Законот за судовите, во судскиот систем судската власт ја вршат основните судови, апелационите судови, Управниот суд, Вишиот управен суд и Врховниот суд на Република Македонија. Оваа одредба ни покажува дека во практиката во нашата држава функционира специјализирано судство организирано преку негова институционална специјализација. Имено, таков е случајот со управното судство кое се практикува преку Управниот суд и Вишиот управен суд.

Согласно со членот 23 (2) од Законот за судовите, основните судови согласно со стварната надлежност судат во прв степен и се основаат како судови со основна надлежност и судови со проширена надлежност. Во членот 23 (3) од Законот за судовите се предвидува дека во рамките на основните судови со проширена надлежност задолжително се основаат специјализирани судски оддели што ќе постапуваат за одделни видови на спорови.

Во членот 31 од Законот за судовите е предвидена стварната надлежност на основните судови со проширена надлежност. Имено, согласно со членот 31 (2) од Законот за судовите покрај останатите надлежности се предвидени и надлежности во

експертиза; Постои униформност во поглед на администрирањето на предметите од односната област. Gramckow Heike, Walsh Barry, op.cit., стр. 18.

¹⁵ Види: Zimmerman, M., Overview of specialized courts, стр. 8, достапно на <http://www.iaca.ws/files/LWB-SpecializedCourts.pdf>, пристапено на 20.3.2018 година.

¹⁶ Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр.58/06, 35/08, 150/10, 83/18, 198/18 и 94/2019.

¹⁷ Види: “Службен весник на Република Македонија”, бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/15.

врска со спорови од трговското право и тоа во трговски спорови во кои двете странки се правни лица или државни органи, како и спорови од авторски и други сродни права и права од индустриска сопственост, како и во постапка за стечај и ликвидација, и за спорови на домашни правни и странски лица кои произлегуваат од нивните меѓусебни стопански, односно трговски односи. Дополнително основните судови со проширена надлежност постапуваат и во спорови за утврдување и обезбедување за присилно извршување.

Во март 2019 година се направени неколку промени на Законот за судовите¹⁸ кои имаат одредено влијание и на интерната специјализација на судовите. Прво, се врши измена на членот 12 од Законот за судовите, со која измена според образложението на Предлогот на Законот за изменување и дополнување на законот за судовите, се влијае на внатрешната организација на судот во делот за формирање на специјализирани судски оддели, со што се дава поширока можност на судовите за формирање на оддели, а со цел за зајакнување на можноста за специјализација на судиите за работа по одделен вид предмети. Второ, согласно со членот 38 од Законот за изменување и дополнување на законот за судовите, основните судови во Гевгелија, Кавадарци и Кичево ќе ги вршат надлежностите на основни судови со проширена надлежност од 1 јануари 2020 година. На тој начин и овие три судови ќе постапуваат по предмети од трговската област согласно со членот 31 (2) од Законот за судовите. Трето. Се врши допополнување на описната дефиниција од членот 31 (2) од Законот за судовите, каде се додадаат трговските спорови како такви, со што се врши прецизирање и на оваа одредба.

Согласно со членот 33 од Законот за судовите, апелационите судови се надлежни : 1) да решаваат по жалбите против одлуките на основните судови од своето подрачје; 2) да решаваат за судир на надлежност меѓу судовите од прв степен од своето подрачје и 3) да вршат други работи определени со закон.

Во Законот за парничната постапка во делот на главата 31 со наслов “Постапка во стопанските спорови” се дадени спецификите на постапките кај овие спорови. Согласно со членот 462 од Законот за парничната постапка, како стопански спорови, односно како спорови на кои се примнуваат овие специфични правила се определени: 1) во споровите од меѓусебните стопански односи во кои двете странки се правни лица и 2) во споровите што се однесуваат на бродовите и на пловидбата на внатрешните води, како и во споровите врз кои се применува пловидбеното право (пловидбени спорови), освен споровите на превозот на патници.

Дополнително, согласно со членот 463 од Законот за парничната постапка, одредбите за постапката во стопанските спорови се применуваат и во споровите што произлегуваат од меѓусебните стопански односи на имателите на дуќани и на другите а поединци кои во вид на регистрирано занимање вршат некоја стопанска дејност односно од меѓусебните стопански односи на тие лица и правните лица од членот 462 точка 1 на Законот за парничната постапка.

Покрај тоа, согласно со членот 464 од Законот за парничната постапка, одредбите за постапката во стопанските спорови се применуваат и во споровите меѓу лицата од членот 462 точка 1 на Законот за парничната постапка и странски физички и правни лица што произлегуваат од нивните меѓусебни стопански односи, како и во такви меѓусебни спорови на странски физички или правни лица.

¹⁸ Види: Закон за изменување и дополнување на Законот за судовите, Службен весник на РСМ бр. 96/2019.

Согласно со членот 466 од Законот за парничната постапка, во споровите заради утврдување на постоење или непостоење на договор, заради извршување или раскинување на договор, како и во споровите заради надомест на штета поради неизвршување на договор, покрај судот од општа месна надлежност, месно е надлежен и судот на местото каде што според спогодбата на странките тужениот е должен да го изврши договорот.

По однос на прашањето за специјализацијата на трговското судство во Северна Македонија треба да се истакне, дека во одреден историски период од 1954 година па се до 1995 година функционираат посебни стопански (трговски) судови. Овие судови се укинати со Законот за судовите од 1995 година.¹⁹

За прв пат, трговските судови кај нас се формирани согласно со Законот за стопански судови на ФНРЈ20 од 1954 година, како и Законот за стопански судови во Социјалистичка Република Македонија²¹. Согласно со членот 2 од Законот за стопански судови на ФНРЈ, стопанското судство се организира преку окружни стопански судови, виши стопански судови и Врховен стопански суд. Ваквиот пристап се продолжи и со Законот за редовните судови на Социјалистичка Република Македонија од 1976 година²². Согласно со членот 31 од овој Закон, како засебни судски институции беа превидени окружни стопански судови (со седиште во Скопје, Битола и Штип) и Стопански суд на СРМ (со седиште во Скопје).²³ Стопанскиот суд на Македонија согласно со Законот за редовните судови на СРМ, член 47, одлучува за: а) во рамките на надлежноста утврдена со закон, одлучува по жалбите против пресудите и другите одлуки на окружните стопански судови; б) одлучува во прв степен кога е тоа одредено со закон; в) решава по споровите за надлежноста меѓу окружните стопански судови.

Дополнително согласно со членот 48 од Законот за редовните судови на СРМ, Стопанскиот суд на Македонија: а) ја проучуваат судската практика и општествените односи и појави забележани во текот на работата на стопанските судови; б) учествуваат

¹⁹ Види: член 111 од Законот за судовите, “Службен весник на РМ”, бр. 58/06, 35/08, 150/10, 83/18, 198/18 и 94/2019.

²⁰ Види: “Службен лист на ФНРЈ”, бр. 31/54.

²¹ Види: “Службен весник на СРМ”, бр. 42/65.

²² Види: “Службен весник на СРМ”, бр. 10/76.

²³ Како надлежности на окружните стопански судови согласно со членот 45 од Законот за редовни судови на Социјалистичка Република Македонија се предвидува: а) да судат во прв степен стопански и поморски спорови, спорови за надоместок на штета во кои како странки се јавуваат општествено-политичките заедници, организациите на здружен труд, самоуправните интересни заедници и други самоуправни организации и заедници, без оглед на вредноста на предметот на спорот; б) да ја спроведуваат постапката и да судат во прв степен за стопански престапи; в) да судат стопански спорови кои се однесуваат на заштита и употреба на пронајдоци, примероци, модели и жигови и право на употреба на фирма; г) да ја спроведуваат постапката за присилно порамнување и стечај и постапката за редовна ликвидација на организациите на здружениот труд и да ги судат споровите што ќе настанат при спроведувањето на постапката без оглед на вредноста на спорот и својството на странките во спорот; д) да водат судски регистар за организациите на здружениот труд и другите организации за кои тоа е одредено со закон; е) да го спроведуваат извршувањето на одлуките на стопанските судови во стопанските спорови и стопанските престапи, освен за недвижност; е) да ги судат стопанските спорови меѓу домашни правни лица и странски физички или правни лица, како и меѓусебните стопански спорови на странски физички или правни лица; ж) да одлучуваат во прв степен за законитоста на поединечните акти во управно-сметководните спорови; з) да вршат и други работи одредени со закон.

во работата на Врховниот суд на Македонија кога Врховниот суд на Македонија утврдува начелни ставови и начелни правни мислења по прашањата од значење за единството во примената на републичките закони и другите прописи од страна на судовите од општа надлежност и стопанските судови; в) учествуваат во работата на Врховниот суд на Македонија кога се одлучува за вонредни правни средства против правосилни одлуки на стопанските судови или се решава по спорови за надлежност меѓу судовите од општа надлежност и стопанските судови. Во членот 49 од истиот закон се предвидувало дека Стопанскиот суд на Македонија суди во прв степен во совет составен од еден судија, како претседател на советот, и двајца судии-поротници, а во втор степен во совет составен од тројца, од кои двајца се редовни судии и еден судија-поротник. Кога решава спорови за надлежност, советот на Стопанскиот суд на Македонија е составен од тројца судии.

Согласно со одредбите од членот 57 од Законот за редовните судови на СРМ, во Социјалистичка Република Македонија окружни стопански судови биле: 1. Окружниот стопански суд во Битола за подрачјата на општините Битола, Демир Хисар, Крушево, Охрид, Прилеп, Ресен и Струга; 2. Окружниот стопански суд во Скопје за подрачјата на општините Македонски Брод, Валандово, Гевгелија, Гостивар, Дебар, Кавадарци, Кичево, Кратово, Крива Паланка, Куманово, Неготино, Скопје, Тетово и Титов Велес; 3. Окружниот стопански суд во Штип за подрачјата на општините Берово, Виница, Делчево, Кочани, Пробиштип, Свети Николе, Струмица, Радовиш и Штип.

Од погоре изнесеното, остануваат недоречени мотивите за укинување на стопанското судство (окужните стопански судови и Стопанскиот суд на СРМ), со оглед на фактот дека се работи за временски околности обележани со транзиција кон пазарна економија, создавање на трговски субјекти по пазарен терк и приватизација на општествениот капитал.²⁴ Доколку продолжило постоењето на специјализираните стопански судови, кои поседуваа соодветна експертиза за постапување по сложени случаи во периодот на транзиција и приватизација, можеби исходот на некои историски процеси ќе беше поинаков.²⁵

СПЕЦИЈАЛИЗАЦИЈАТА НА ТРГОВСКОТО СУДСТВО ВО СПОРЕДБЕНО - ПРАВНИТЕ ИСКУСТВА

Специјализацијата на трговското судство како начин на организација на судството и постапување во трговските спорови е дел од правосудните системи на многу земји. Со текот на времето овој модел на организација на правосудството се покажал како многу ефикасен и практичен за остварување на правда во трговските спорови.

Во 1895 година во Велика Британија се основа Трговскиот суд (*Commercial Court*) како специјализирана гранка на судство на *Queen's Bench Division* кој е надлежен да постапува по трговски спорови, банкарство и финансии, трговско застапување,

²⁴ Види: Коевски, Г., Спасевски, Д., *op.cit.* стр.21.

²⁵ *Ibid.*

менаџерски договори, договори за превоз на стока, осигурување и реосигурување, увоз и извоз, итн.²⁶

Во Франција постојат неколку специјализирани судови и тоа: трговски судови (*tribunal de commerce*), судови за работни односи (*conseil de prud'hommes*), земјоделски судови (*tribunal paritaire des baux ruraux*) и судови за социјална заштита (*tribunal des affaires de sécurité sociale*). Трговските судови, се едни од најстарите специјализирани судски институции основани уште во средниот век. Во Франција во моментот се организирани и функционираат 135 трговски судови. Надлежноста на овие судови се трговски спорови: спорови помеѓу трговци, спорови кои произлегуваат од трговски документи како и стечајни постапки. Исто така овие судови се задолжени и ги водат судските трговски регистри.²⁷

Во Швајцарија големите трговски спорови обично се решаваат од страна на редовните судови, но кантоните Цирих, Берн, Сент Гален и Аргау, имаат формирано специјализирани трговски судови кои работат многу успешно.²⁸

Соединетите Американски Држави ја прифаќаат потребата од специјализацијата на судството во делот на трговските спорови. Во рамките на Соединетите Американски Држави функционираат т.н. уставни судови кои произлегуваат од членот 3 на Уставот на САД и т.н. легислативни судови кои произлегуваат од членот 1 на Уставот на САД.²⁹

Судот од државата Делавер (*Delaware's Court of Chancery*) е прв суд на одделна сојузна држава на САД кој е специјализиран за трговско судство, основан во 1792 година. Во своето повеќе од двовековно постоење овој суд создал голема судска практика и на тој начин овој суд е во предност пред судовите на другите сојузни држави во САД.³⁰ Покрај тоа, судската практика која ја развил овој суд во текот на годините, влијае на содржината на идните легислативни акти кои треба да бидат донесени.³¹

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Согласно со Законот за граѓанска постапка, кантоните може да основаат трговски судови на нивната територија како првостепени судови за трговски спорови. На одлуките на кантоналните трговски судови може да се поднесе жалба само до Врховниот суд на Швајцарија. Како трговски спорови за кои се надлежни овие судови се сметаат спорите во кои 1) спорната работа претставува трговска дејност на барем една од страните, 2) вредноста на спорот е минимум 30000 швајцарски франци и 3) странките се регистрирани како трговци во швајцарскиот трговски регистар или во сличен странски регистар. Овие три услови потребно е да бидат исполнети кумулативно. Види: Urs, F., Marcel, F., and Bernhard, C. L., *Litigation and enforcement in Switzerland: overview*, достапно на [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-502-1695?transitionType=De fault&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-502-1695?transitionType=De fault&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1), пристапено на 28.3.2018 година.

²⁹ Како судови во САД може да ги вброиме Даночниот суд на САД (*US Tax Court*), Воениот апелационен суд на САД (*US Court of Appeals for the Armed Forces*), Апелациониот суд за ветерани на САД (*US Court of Appeals for Veteran Claims*), Стечајните судови (*Bankruptcy Courts*). Во групата на т.н. уставни судови на САД спаѓаат: Суд за федерални побарувања на САД (*US Court of Federal Claims*), Апелационен федерален суд на САД (*US Court of Appeals for Federal Circuit*), Суд за меѓународна трговија на САД (*US Court of International Trade*) Види: Zimmerman Marcus, "Overview of specialized courts", стр. 8, достапно на <http://www.iaca.ws/files/LWB-SpecializedCourts.pdf>, пристапено на 20.3.2018 година.

³⁰ Види: Fisch, J. E., *The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters* (May 2000). University of Cincinnati Law Review, стр. 5. 2000. достапно на <https://ssrn.com/abstract=219550> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.219550>, пристапено на 21.4.2018 година.

³¹ Ibid.

Трговски одделенија на постојни судови се основани и функционираат во Њујорк, Чикаго, Северна Каролина, Њу Џерси, Филаделфија, Пенсилванија, Рино, Лас Вегас, Масачусетс, Мериленд, Орландо и Флорида.³² Во декември 1998 година, судијата Каје (*Kaye*) го објавува проширувањето на работа на трговскиот оддел во окрузите Насау (*Nassau*), Ери (*Erie*) и Вичестер (*Westchester*).³³ Во 2002 година, трговскиот оддел се шири и во окрузите Албану (*Albany*) и Суфолк (*Suffolk*).³⁴

Посебни специјализирани трговски судови се предвидени и функционираат во Република Хрватска согласно со членот 14, став 2 од Законот за судовите.³⁵ Во Хрватска се предвидени следните специјализирани судови: трговски судови, управни судови, прекршочни судови, Високиот трговски суд, Високиот управен суд и Високиот прекршочен суд.³⁶ Надлежностите на трговските судови се уредени во членот 21 од Законот за судовите³⁷ како и членот 34.6 од Законот за парнична постапка.³⁸

³² Види: Bach, M., Applebaum, L., "A History of creation and jurisdiction of business courts in the last decade", стр. 152, достапно на <http://www.ncbusinesslitigationreport.com/historybusinesscourts2.pdf>, пристапено на 20.3.2018 година.

³³ *Ibid.* стр. 154.

³⁴ До 1998 година просечното време на траење на парниците во трговското одделение на округот Њујорк (*New York County Commercial Division*) кои опфаќале спорови од договорен аспект, изнесувало 552 денови, додека за ист таков тип на спорови времето на траење на постапката во 1992 година, односно пред основањето на трговското одделение изнесува 648 денови. Во 2000 година просечното времетраење изнесува 412 денови, што претставува кратење на процедурата за 36 проценти од времето кое било потребно за ваков тип на парници пред воведување на трговските оддели. Во 2002 година, просечното време на траење на парниците во делот на спорови произлезени од договорни односи изнесува 364 денови. *Ibid.* стр. 154.

³⁵ Член 14, став 2 од Закон за судови, (*Zakon o sudovima, Narodne Novine*, 28/13.33/15. 82/15 i 82/16), достапно на: <https://www.zakon.hr/z/122/Zakon-o-sudovima>.

³⁶ Член 14, став 3, *Ibid.*

³⁷ Имено, трговските судови се надлежни за: 1) водење судски регистри и постапки за регистрација, 2) одлучување за упис во регистарот на бродови и јахти согласно со Законот за поморство, како и за одговорност на бродарот и распределба на средствата при хаварија, освен ако со друг закон поинаку не е определено, 3) одлучување за предлози во врска со основање, работа и престанок на трговски друштва, 4) одлучување за вонпарнични предмети определи со Законот за трговските друштва, 5) водење постапка за признавање на странски судски одлуки и странски арбитражни одлуки во трговски спорови, 6) спроведување постапки за обезбедување на докази за постапките за кои се надлежни, 7) одлучување за мерки за обезбедување за постапки за кои се надлежни, 8) одлучување за предлози за отворање на стечајна постапка и водење на стечајна постапка, 9) вршење работи за меѓународна правна помош при изведување на докази во трговски спорови, 10) извршување други работи определени со закон.³⁷

³⁸ Во таа насока, трговските судови како првостени судови постапуваат во: спорови помеѓу правни лица, спорови помеѓу правни лица и трговци, вклучително и трговски поединци, спорови помеѓу трговци вклучително и трговски поединци, ако се работи за спорови поврзани со нивната дејност, освен ако не се работи за спорови за кои според овој закон судат општинските судови, односно ако не се работи за спорови за кои со закон не е предвидена надлежност на друг суд; спорови во врска со основање, работа и престанок на трговските друштва, како и за располагање со членските права во трговското друштво; спорови помеѓу членови на трговски друштва меѓусебно, како и помеѓу членови на друштвото и самото друштво, кои се однесуваат на управувањето на друштвото и водењето на работите на друштвото, како и правата и обврските на членовите на друштвото кои произлегуваат од нивната положба во друштвото, како и спорови помеѓу органите на управување и надзор и друштвото или членовите на друштвото кои настануваат во врска со нивната работа во друштвото или за друштвото; спорови за одговорност на членовите на друштвото, членовите на органите на надзор и управување на друштвото, за обврските на друштвото; спорови кога како една страна на спорот е субјект над кој е отворена стечајна постапка без оглед на својството на другата

Надлженостите на Високиот трговски суд се предвидени во членот 34-ц од хрватскиот Закон за парничана постапка. Согласно со членот 11 став 2 од Законот за уредување на судовите, во Република Србија постојат редовни судови и судови со посебни надлежности.³⁹ Судови со посебни надлежности во Србија се: трговски судови, Трговски апелационен суд, прекршочен суд, Прекршочен апелационен суд и Управен суд.⁴⁰ Највисок суд во Србија е Врховниот касационен суд со седиште во Белград.⁴¹ Надлженостите на трговските судови во Србија се уредени во членот 25 од Законот за уредување на судовите.⁴²

Формирање на специјализирани трговски судови е предвидено и во Законот за судови на Црна Гора во членот 14.⁴³ Согласно со членот 19 од Законот за судови, во Црна Гора е предвидено формирање на два трговски судови кои ја покриваат целата територија на оваа држава. Трговските првостепени судови во Црна Гора се со седиште во Подгорица и Бјело Поље. Надлженостите на трговските судови во прв степен во Црна Гора се предвидени во членот 20, став (1) од Законот за судови. Согласно анализираните одредби може да се констатира дека во Србија, Хрватска и Црна Гора е прифатен моделот на основање на првостепени специјализирани трговски судови. Во Србија и во Хрватска исто така функционираат и второстепени трговски судови.

страна на спорот, како и сите спорови во врска со стечај, освен ако не се работи за спорови за кои според овој закон не е надлежен општински суд, односно ако не се работи за спорови за кои со закон не е определена надлежност на некој друг суд. Споровите кои се започнати пред настапувањето на правните последици од отворањето на стечајната постапка, ќе се довршат пред судовите пред кои се покренати; спорови во кои се опфатени бродови и пловидбени средства на море и во внатрешната пловидба и на кои се применува поморското право; спорови кои се однесуваат на авиони и на кои се применува воздухопловното право; спорови кои се однесуваат на заштита на правата од индустриска сопственост, авторски права и сродни права и други права од интелектуална сопственост, за заштита на пронајдоци и технички подобрувања, ако со посебен закон не е нешто друго определено; спорови по повод нелојална пазарна конкуренција, монополско однесување, и нарушување на рамноправноста на единствениот хрватски пазар. Види: *Zakon o parnicnom postupku, Narodne novine*, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13 I 89/14, достапно на: <https://www.zakon.hr/z/134/Zakon-o-parni%C4%8Dnom-postupku>.

³⁹ Види: *Zakon o uredenju sudova*, "Sl. Glasnik RS", br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016, 108/2016 и 113/2017, достапно на https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_uredjenju_sudova.html.

⁴⁰ Член 11, став 3 од Законот за уредување на судовите на Република Србија, *Ibid*.

⁴¹ Член 12 од д Законот за уредување на судовите на Република Србија, *Ibid*.

⁴² Имено, тука се вклучени: спорови помеѓу домашни и странски трговски друштва, трговски друштва и нивни асоцијации (трговски субјекти), спорови кои настануваат помеѓу трговски субјекти и други правни лица во врска со нивното делување, и кога, под одредени услови една од странките е физичко лице; спорови за авторски и сродни права и заштита на интелектуална сопственост; спорови кои произлегуваат од прописите за организација и статусот на трговските субјекти како и спорови поврзани со приватизација. Исто така, овид судови водат постапка за упис на трговски субјекти и други правни лица во судски регистер и постапка на принудно порамнување, стечај и ликвидација. Дополнителни, одредуваат и спроведуваат извршување и обезбедување врз основа на одлуки на трговски судови. Покрај тоа, одлучуваат за признавање и извршување на странски судски и арбитражни одлуки и одлучуваат за трговски престапи, времени мерки и правни последици на пресудите. Види: *Zakon o sudovima*, "Sl. List RCG", br. 5/2002, 49/2004, 22/2008, 39/2011, 46/2013, 48/2013, i 32/2014, достапно на <http://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon-o-sudovima.html>

⁴³ Види: *Zakon o sudovima*, "Sl. List RCG", br. 5/2002, 49/2004, 22/2008, 39/2011, 46/2013, 48/2013, i 32/2014, достапно на <http://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon-o-sudovima.html>.

Наспроти тоа, во Црна Гора според Законот за судовите (член 22, став 1) “редовните апелациони судови одлучуваат по повод жалби на трговските судови”.

Во последната деценија се развива модификувана варијанта на специјализирани трговски судови, кои се организирани на начин да таргетираат спорови со исклучиво странски елемент, коишто на некој начин се конкуренција на арбитражното решавање на спорови. Имено, се работи за класични национални судови кои се дизајнирани на концептот на арбитража, а се со цел да овозможат, брзо и ефикасно решавање на спорови со рационализација на трошоците. Вака организирани судови се среќаваат во Велика Британија, Франција, Германија, Белгија и Холандија.⁴⁴

ЗАКЛУЧОЦИ И ПРЕПОРАКИ ЗА РАЗВОЈ НА ТРГОВСКО СУДСТВО И НЕГОВА СПЕЦИЈАЛИЗАЦИЈА ВО СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

Република Северна Македонија се наоѓа во процес на спроведување на реформи во правосудниот сектор, а се во насока на усогласување на домашното законодавство со правото на Европската Унија. Како што беше изнесено погоре во овој труд, Европската Унија посебно внимание во реформските процеси посветува на поглавјето 23 кое се однесува на правосудството. Очекувањата се дека едно од првите поглавја кои ќе бидат отворени со започнувањето на процесот на преговорите е токму поглавјето 23. Во последниот Извештај за напредокот на нашата држава подготвен од страна на Европската Унија е констатирано дека има уште многу да се работи во делот на механизмите за алтернативно решавање на спорите. Причините за тоа се со цел да се олесни решавањето на оние спорови кои се подобни да бидат дел од овие механизми. Во таа група на спорови најважно место заземаат токму трговските спорови. Овие спорови имаат свои специфики коишто ги прават различни од другите спорови.

Од анализата погоре во трудот, покрај алтернативните начини на решавање на спорови (арбитража и медијација, пред сè), сакаме да предочиме дека проблемите во делот на решавање на трговските спорови може да се решат и преку воведување на специјализирано трговско судство. Во текстот погоре, беа земени во предвид искуствата на најразвиените демократски пазарни економии, во кои трговските судови функционираат со децении и кои сериозно влијаат на процесот за раздавање на правда во овој сегмент, правејќи го поефикасен, побрз и поефтин за странките на спорот. Како што можеме да видиме, во одредени земји, специјализираните трговски судови се издигнуваат како сериозна конкуренција на арбитражните институции. Специјализирани трговски судови се развиени и функционираат и во земјите од опкружувањето како што се Србија, Хрватска и Црна Гора.

Искуството во Северна Македонија покажува дека судската специјализација во делот на трговски спорови се гради по моделот на специјализација на судија поединец, како и специјализација концентрирана во одделни специјализирани судски одделенија. Треба да се нотира погоре изнесенiot факт дека во голем период од 1954 година до 1995

⁴⁴ Види: Коевски, Г., Спасевски, Д., *op.cit.* стр. 2-4.

година кај нас функционираше специјализирани трговски судови како окружни стопански судови и Стопански суд на Социјалистичка Република Македонија.

Неспорно е дека при донесувањето на одлуката кој модел на специјализација на судството ќе се примени треба да бидат земени во предвид низа на факти меѓу кои се и а) бројот на предмети кои би ги опфатила специјализацијата, б) сложеноста на предметите, в) времетраењето на нивно конечно решавање, г) големината на државата и бројот на жители, д) постоење на капацитети за спроведување на специјализацијата – пред сè постоење на доволен број специјализиран кадар, ф) опсегот на правните области кои ќе ги бидат доверени на специјализираното судство, итн.

Исто така, при изборот на модел треба да се земе во предвид и функционирањето и апликативата на алтернативните начини на решавање на трговски спорови. Од она што беше изнесено во трудот, се забележува фактот кој е нотиран и во Извештајот на Европската Унија, дека алтернативните начини на решавање на спорови генерално, не се развиени на ниво, на кое ќе можат да бидат замена за судството.

Во нашата земја, не е нов концептот на специјализација на судството. Имено, подолг период функционира и се практикува специјализација на управното судство.

Ние, како автори на овој труд на мислење сме дека формирањето на специјализирано трговско судско институции има сериозна можност да биде решение за предизвиците во правосудните реформи во овој сегмент. Од погоре изнесеното, предлагаме трговското судство да се формира како двостепено специјализирано судство, (по примерот на претходното вакво искуство во Социјалистичка Република Македонија како и според примерот на Србија и Хрватска). Исто така, посебно внимание треба да биде посветено и на опсегот на надлежности кои ќе бидат преземени потенцијално од специјализираното трговско судство за кое природно би било да постапува по предметни од статусното трговско право, стечајно право, трговските договори, хартиите од вредност, конкурентското право, правата од интелектуална сопственост, па дури и работните спорови во делот на тнр. „менаџерски договори“, со оглед на нивната посебна правна природа.

Користена и консултирана литература

- Bach, M., Applebaum, Lee. "A History of creation and jurisdiction of business courts in the last decade", стр. 152, достапно на <http://www.ncbusinesslitigationreport.com/historybusinesscourts2.pdf>, пристапено на 20.3.2018 година.
- Fisch, J. E., The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters (May 2000). University of Cincinnati Law Review, стр. 5. 2000. достапно на <https://ssrn.com/abstract=219550> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.219550>, пристапено на 21.4.2018 година.
- Gramckow, H., Walsh, B., Developing Specialized Court Services - International Experiences and Lessons Learned, The World Bank, 2013, стр. 9, достапно на <http://documents.worldbank.org/curated/en/688441468335989050/pdf/819460WP0Devel00Box379851B00PUBLIC0.pdf>, пристапено на 22.3.2018 година,

- Huff Martin, “LG Koln goes international”, достапно на <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/modellprojekt-in-nrw-lg-koeln-goes-international/>, пристапено на 4.4.2018 година.
- Ioana Knoll, T., Specialized chambers for international commercial disputes: Paris in the spotlight”, Kluwer arbitration blog, 2018, достапно на <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/14/specialised-chambers-international-commercial-disputes-paris-spotlight/>, пристапено на 25.3.2018;
- Just, C., A new landmark in international commercial litigation? – the Frankfurt high court installed a specialized chamber for international commercial matters” достапно на <https://www.schulte-lawyers.com/schulteblog/2882017-6y2e6>, пристапено на 5.4.2018 година.
- Jean - Paul Gurbanov, R., Judicial Systems Of The Eastern European Countries Council of Europe, 2015;
- Коевски, Г., Спасевски, Д., „Трендови во поглед на специјализацијата на судството од областа на трговските спорови“, достапно на <https://akademik.mk/trendovi-vo-pogled-na-spetsijalizatsijata-na-sudstvoto-od-oblasta-na-trgovskite-sporovi/>, пристапно на 3.6.2019 година.
- McCahery, J. A., and Vermeulen, E. P. M., Conflict Resolution and the Role of Corporate Law Courts: An Empirical Study (August 12, 2009). ECGI - Law Working Paper No. 132/2009. достапно на <https://ssrn.com/abstract=1448192>, пристапено на 22.4.2018 година.
- “Мерење на напредокот на судските реформи – Клучни принципи, стандарди и практики”, Центар за правни истражувања и анализи, Скопје, 2016 година.
- “North Macedonia 2019 Report”, достапно на <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-north-macedonia-report.pdf>, пристапено на 2.6.2019 година;
- “Програма на економски приоритети 2018-2020“, Министерство за финансии на Северна Македонија, 2018;
- Persyn, C., An international business court in Brussels: a modern step forward”, достапно на <https://www.nautadutilh.com/en/information-centre/news/2017/11/an-international-business-court-in-brussels-a-modern-step-forward/>, пристапено на 10.4.2018 година.
- Pearce, V., Is there a need for specialization by the courts (and prosecutors), power point presentation, достапно на <http://www.asean.org/uploads/archive/21388-4.pdf>, пристапено на 12.4.2018 година;
- Price, C., Brussels international business court, достапно на: <https://cew-law.be/brussels-international-business-court/?lang=en>, пристапено на 10.4.2018 година.
- Squillante, F., The institution of the Italian commercial courts and its impact on antitrust damages actions, достапно на iar.agcm.it/article/download/9453/8658, пристапено на 22.3.2018 година;
- Urs, F., Marcel, F., and Bernhard, C. L., Litigation and enforcement in Switzerland: overview, достапно на [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-502-1695?transitionType=De_fault&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-502-1695?transitionType=De_fault&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1), пристапено на 28.3.2018 година.

- Werra, de J., Specialized intellectual property courts – issues and challenges, International center for trade and development, 2016, стр. 7., достапно на https://www.ictsd.org/sites/default/files/research/Specialised%20Intellectual%20Property%20Courts%20-%20Issues%20and%20Challenges_0.pdf, пристапено на 23.4.2018 година;
- Zimmerman, M., Overview of specialized courts, стр. 8, достапно на <http://www.iaca.ws/files/LWB-SpecializedCourts.pdf>, пристапено на 20.3.2018 година;
- Законот за редовните судови, “Службен весник на СРМ”, бр. 10/76
- Zakon o sudovima, “Narodna Novina”, 28/13.33/15. 82/15 i 82/16;
- Zakon o sudovima, “Sl. List RCG”, br. 5/2002, 49/2004, 22/2008, 39/2011, 46/2013, 48/2013, i 32/2014;
- Законот за судовите, “Службен весник на Република Македонија” бр.58/06, 35/08, У.бр.256/07, У.бр.74/08,150/10, У.бр.12/11;
- Законот за судовите, „Службен весник на Република Македонија“ бр.58/06, 35/08, 150/10, 83/18, 198/18 и 94/2019;
- Законот за стопански судови на ФНРЈ, “Службен лист на ФНРЈ”, бр. 31/54;
- Законот за стопански судови во Социјалистичка Република Македонија, “Службен весник на СРМ”, бр. 42/65;
- Закон за парничната постапка, “Службен весник на Република Македонија”, бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/15
- Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13 i 89/14;
- Zakon o uređenju sudova, “Sl. Glasnik RS”, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016, 108/2016 i 113/2017;
- Законот за управните спорови, “Службен весник на Република Македонија”, бр. 62/2006, У.бр.75/2007, У.бр. 231/08, У.бр. 51/2010 и 150/2010.

COMPENSATION FOR DAMAGES TO COPYRIGHT INFRINGEMENT

Danijela Petrović

Assistant

University of Priština, Faculty of Law, Kosovska Mitrovica,

E-mail: danijela.petrovic@pr.ac.rs

Gordana Damjanović

Assistant Profesor

University of Priština, Faculty of Law, Kosovska Mitrovica,

E-mail: gordana.damjanovic@pr.ac.rs

Abstract

Author's work is an original spiritual creation that can arise in different areas of human creativity. In order to receive copyright protection, it is necessary that the work is original and expressed in an appropriate form. Substantive copyright law as an absolute unique right combines morally legal and property legal powers that enable the protection of the author's personality and work. Any unauthorized use of subjective copyright represents its violation, which gives to the author the right to compensation. The author of the copyright is entitled to compensation for material and non-pecuniary damage. In order to justify the claim for damages, in addition to the damage (material or non-material), there is an unlawful act, the existence of liability of the pests, as well as the causal link between the pest action and the resulting damage. The development of technology and the widespread use of the Internet has facilitated the exchange of intellectual property, as well as the possibility of violating them. Therefore, it is necessary to harmonize the rules in this area with the relevant regulations concluded within the EU, WIPO and WHO.

***Key words:** copyright work, moral rights, property rights, damages, property damage compensation, compensation for non-pecuniary damage.*

1. The concept of intellectual property right

Intellectual property refers to the creations of the mind owned by an individual or an organization and who accordingly can choose to use it freely, or to hand it over to another person, while controlling its further use. Convention establishing the World Intellectual

Property Organization (hereinafter: WIPO)¹ signed in 1967, stipulates that the concept of intellectual property includes:

- literary, artistic and scientific works
- interpretations of performers, phonograms, videograms and broadcasts
- inventions in all forms of human activity
- industrial samples and models
- manufactures, trade and service trademarks
- protection against unfair competition
- scientific discoveries, and
- all other rights related to intellectual activity in the industrial, scientific and literary field.

Since it is part of the United Nations, WIPO also exists as a forum for its member states where they can create and harmonize rules and practices for the protection of intellectual property rights. The majority of industrialized nations have protection systems that are centuries old. Many young and developing countries, however, are now creating their systems based on patents, trademark and copyright laws. With the rapid trade globalization in the last decade, WIPO plays a key role in helping these new systems to develop through trade negotiations, legal and technical assistance and training of various types, including the field of strengthening intellectual property rights.²

The objective of protecting intellectual property rights is the development of economics, culture, as well as securing, moral and material compensation to creators, the discovery of the creation of the mind in order to make it accessible to the public for experimental purposes and when the protection expires, for the purposes of production and technology transfer.³

The results of the research conducted by the European Patent Office and the Office for Harmonization of the Internal Market (OHIM), show that industries that use intellectual property rights created about 26% of job positions in the EU in the period from 2008 to 2010. These industries make almost 39% of the total economic activity of the EU.⁴

Intellectual property creates legal assumptions that creative people live from their work. The moral idea that intellectual work must be rewarded is the presumption of the economic and cultural development of every modern and civilized society.

Innovation and innovation activities are key drivers of long-term competitiveness, profitability and business success of the company, but also of national and global economies.⁵ Intellectual property rights play a very important role in encouraging creativity and innovation.

Intellectual property is becoming increasingly important in economic development, given that countries tend to make the systems of intellectual property development their priority areas, mainly to promote and protect their own innovative and economic potentials.

Intellectual property rights are divided into industrial property rights on the one hand and copyright and related rights on the other. Despite the differences that exist between the stated branches of rights, they have a common subject and an economic function. The matter

¹ Konvencija o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu (WIPO-World Intellectual Property Organization), "Sl. list SFRJ-Međunarodni ugovori i drugi sporazumi", 31/72 i "Sl. list SFRJ-Međunarodni ugovori" br. 4/86.

² "Šta je intelektualna svojina?" – WIPO, www.zis.gov.rs, jul 23, 2015.

³ Trifkovic, S., *Intelektualna svojina*, Beograd, 2007, p. 7.

⁴ Milovanovic, N., „Značaj nastave o intelektualnoj svojini na fakultetima“ EIC Bilten, br. 19, oktobar 2014, p. 3.

⁵ Stosic, B., „Inovacije i konkurentnost“, EIC Bilten, br. 2, maj 2010, p. 7.

of intellectual property rights consists of social relations that arise in the creation and use of intellectual property, which is usually the result of human intellectual creativity (invention and work of authorship), but there may also be some phenomena of an intangible nature (indication of the origin of the product).

The economic function of these rights reflects in the provision of a certain number of persons with an exclusive right to commercial exploitation of intellectual property backed by the legislation.⁶ Copyright is created at the moment of creation of the author's work and is assigned to the author of literary, scientific or artistic work, while industrial property rights arise in the administrative procedure before the competent authority, based on the adopted decision.

The legal owner of the intellectual property right enjoys moral and pecuniary rights. These legal rights include the power for the legal owner to use this right but also to prohibit unauthorized use by others. Moral and pecuniary rights also include the possibility of transferring rights by contracts (license agreement, cession and franchising). Thus, for example, a patent allows the legal owner to prevent other persons from producing, using, offering for sale, or importing the invention without his consent. Hence, the law provides the legal owner with an exclusive right, but for a limited time.

Intellectual property rights are like any other proprietary rights - they allow the creator, or patent owner, trademark or copyright, to benefit from his work or investment. These rights are stated in Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights, which emphasizes that everyone has the right to the protection of the *moral and material interests* resulting from any scientific, literary or artistic production.

2. Content of the copyright

The author of the new intellectual creation enjoys a whole range of moral and pecuniary rights. While pecuniary rights are a manifestation of the author's legitimate interest in placing his work on the market and collecting fruits of his labour, moral rights represent the unique and lasting intellectual bond between the author and his work.

According to the current Law on Copyright and Related Rights⁷, the author has the following moral rights: right of authorship, right to be named, right of protection of the work's integrity, right to oppose unbecoming exploitation of the work.⁸

The right of disclosure is also one of the author's moral rights, which also contain elements of pecuniary rights. The disclosure of the work should include works published with the consent of its authors, regardless of the way their copies are produced.⁹

The division on moral and pecuniary rights does not violate the unity of copyright law, but they jointly serve to protect the moral and pecuniary interests of the author.

The subject of pecuniary rights is the right to commercially exploit the author's work. Only the author is authorized to exploit his work, while other persons, who are not authors, can use the work only with the permission of the author.

⁶ Besarovic, V., *Intelektualna svojina, industrijska svojina i autorsko pravo*, Beograd, 2005, p. 24.

⁷ Law on Copyright and Related Rights, "Official gazette of RS", no. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016-decision of the Constitutional court.

⁸ Dudas, A., "Naknada štete zbog povrede ličnih prava autora", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2006, p. 263.

⁹ Milic, D., „Predmet zaštite autorskih prava“, Pravni život, br. 11/2006, p. 831.

Giving an agreement for the exploitation of the work is an inalienable right of the author and he has the right to decide on any form of exploitation of the work.¹⁰ Traditionally, pecuniary authorizations can be divided into authorizations for the use of work in physical (tangible) form and the authorizations to use the intangible property.

The purpose of this division is that, in the first case, the use of the author's work is reduced to the production and circulation of copies of the work, while in the second case the use of the work is reduced to simultaneous public communication of the work. More recently, however, this division is relativised with regard to new technical forms of recording and communicating (digital recording of works, communication over the Internet), which in international and comparative copyright law have led to the expansion of the term "reproduction" of the work, so that now it includes both physical (tangible) and (presumably) intangible property of the author's work, stored in computer memory.¹¹

3. Infringement of the author's rights

Unauthorized use or reproduction of intellectual property work is considered a violation of the right. Institutions and means of the legal system protect the right of every legal owner to use, dispose of and gain benefits from it. Any unauthorized use of the copyrighted work must be sanctioned by a competent authority. The application of intellectual property rights implies the implementation of effective administrative and civil measures, as well as penalties, against those involved in the unauthorized use of intellectual property rights.

Provisions of the Criminal Code¹² provide adequate *criminal protection*, which introduced piracy prosecution by official duty, strengthened the position of the legal owner and through provisions on physical destruction and confiscation of illegally produced goods and facilities for their production. The current Criminal Code stipulates a group of criminal offences against intellectual property, and at the same time protects intellectual property as a subjective right, by incriminating violations of certain subjective rights that are part of the intellectual property.

Law on Copyright and Related Rights contains a separate chapter that regulates the protection of copyright and related rights.¹³ These provisions mostly regulate the forms of protection, in particular, the rule on the compensation of material loss due to a violation of the author's material rights in the amount of a maximum threefold amount of the usual fee for the exploitation of the given type of copyright, the enumeration of forms of infringement of copyrights and procedural aspects of copyright protection and the prevention of infringement of right, such as the question of the actual legitimacy of the prosecutor, the exclusion of material rights of the author from the judicial enforcement procedure, the possibility of pronouncing temporary injunctions and securing of measures to prevent copyright infringement.¹⁴ The author who believes that any of his material or personal rights have been violated may file a complaint to the court to demand compensation. The current Law on Copyright and Related Rights explicitly provides the possibility of filing a claim for damages incurred as a result of a violation of the author's moral rights.

¹⁰ Besarovic, V., *op. cit.*, p. 296.

¹¹ Markovic, M. S., Popovic V. D., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2015, p. 60.

¹² "Official gazette of RS", no.111/2009.

¹³ Art. 205. Law on Copyright and Related Rights.

¹⁴ Dudas, A., *op. cit.*, p. 273.

4. Concept of damage and terms of responsibility for damages

Most legislation does not provide a clear and comprehensive definition of damage but lists various types of damages. In the legislation of the Republic of Serbia, the question of damage is regulated by the Law of Contracts and Torts, which defines the injury or loss as a diminution of someone's property (simple loss) and preventing its increase (profit lost), as well as inflicting on another physical or psychological pain or causing fear (non-material damage, or mental anguish).¹⁵ If seen as a loss or deterioration on a material good, it is considered to be *economic damage*. In a *legal sense*, which has a narrow meaning, the damage does not include every kind of damage that a person experiences, but only that which is worthy of legal protection.

Various forms of damage, the large number of dividing criteria and their different legal treatment have led to the occurrence of several types of damage. One of the important if not the most important is a division into *material* and *non-material damage*. The basis of this division is the legal commodity that is affected by the damage. If the damage is caused to a material commodity, which implies a commodity whose value can be expressed in money, or commodity that have a market value, it is an element of *material* damage. Damage resulting from a non-material or personal commodity of a person irreplaceable to any other property or money, inseparable from the person to whom it belongs and as such have individual value for the one who holds them, constitutes *non-material damage*.

Different views on the reliability of non-material damage caused the emerging of *positive* and *negative* theories. For supporters of the negative theory,¹⁶ the financial compensation of non-material damage is the basis for unjust enrichment on the damaged party. The supporters of this theory consider that pain is a subjective category, the inner experience of man and that his financial determination is impossible. Supporters of this theory consider the compensation of non-material damage immoral and denote it as a degradation of man's personal commodity.¹⁷ The financial compensation of non-material damage in their opinion would lead to the commercialisation of a person's personality and speculation with the personal commodity.¹⁸

The fact that the damage sustaining person suffers pain and his psychological balance has been disturbed, for the supporters of the *positive theory*¹⁹ is sufficient ground for compensation for the suffered damage. Since it is not voluntary but has suffered damage against his will, the damage sustaining person has the right to claim compensation. *This right must raise the issue of finding the funds by which it will remove, or, as far as possible, decrease the imbalance which was brought in the life of the person by the suffering of psychological or physical pain.*²⁰ The function of compensation for non-material damage, for the supporters of this theory, is not immoral, but it is a contribution to the protection and development of the personality. The supporters of this theory do not see the compensation of non-material damage as a "cost" for physical and mental pain, but they feel that the compensation for the damage

¹⁵ Art. 155. Law of Contract and torts, "Official gazette of SFRY", no. 29/78, 39/85, 45/89, "Official gazette of SRY", br. 31/93, and "Official gazette of SCG", no. 1/2003 – The Constitutional Charter.

¹⁶ Petrović, Z., Mrvić-Petrović, N., *Naknada nematerijalne štete*, Službeni glasnik, 2012, p. 35.

¹⁷ *Ibid.*, p. 36.

¹⁸ Stanković, O., Vodinelić, V., *Uvod u građansko pravo*, Nomos, 2004, p. 219.

¹⁹ Petrović, Z., Mrvić-Petrović, N., *op. cit.*, p. 36.

²⁰ Stanković, O., *Naknada štete*, Nomos, Beograd, 1998, p. 43.

sustaining person enables him to gain some satisfaction, which will allow him to forget the suffering caused. Non-material damage is not an aim, but a mean by which the person by the satisfaction of needs that he would otherwise not be able to pay, eases his life and alleviates the mental pain he suffers.

The realisation of the right to compensation of damage presumes the existence of damage, the unlawfulness of the act which is actually the cause of the damage, the causal link and the guilt of the tortfeasor for its occurrence. In regard to the theory, the sides are chosen, according to which the unlawfulness of the act is enough to violate the legal norm, as well as attitudes that insist that the tortfeasor's act must be concealed. Unlawfulness is considered as a violation of obligations that are established by law, contract or morality, and guilt is manifested through unlawful action *so that unlawful action is an indication of guilt, its external manifestation*.²¹

Legal theory and case-law have set out the theories of causation that seek to establish and explain the connection between harmful actions and the consequences that arise from them.

The but-for-test theory suggests that different behaviours can lead to damage, but it is necessary to get back to the cause that is a sine qua non of the damage. The basic question of the conditional theory of causality is whether the damage would have occurred if the tortfeasor acted differently. Although it seems logical and easy to get back to the real cause of the damage, in practice there are illogical results, which led to less use and even abandonment of this theory.²²

A widely accepted theory according to which legally relevant causes are considered to be causes that are appropriate or coincident with a harmful effect is the theory of an *adequate causality*. This theory highlights an adequate cause, which in the normal course of things, and on the basis of practical experience, produces the given effect.²³

Continental law distinguishes indirect from the immediate cause, which means that from a large number of events that preceded the damage, the ones closest to this event should be identified. The Common law distinguishes the *cause-in-fact*, in which is applied test: if there is no action A, would the event B occur? and the *proximate cause*, by which the defendant's action must be the most affecting cause of the plaintiff's damage.²⁴

In addition to those theories mentioned in the legal theory, there is also a theory of *ratio legis* causality, according to which the law takes into account those causes which at the same time represent a violation of the legal norm.

The prevalent condition theory and the Necessary Element of a Sufficient Set (NESS) test indicate that among the many causes that could have led to damage, there is one who had a crucial role in the occurrence of the damage. According to this theory based on the plurality of causes, each occurrence can have several causes, but it is up to the court to assess whether the procedure was necessary in a set of sufficient conditions that in the particular case led to the damage.²⁵

²¹ Radišić, J., "Protivpravnost kao poseban uslov građanske odgovornosti" Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-4/2001, pp. 539-553.

²² Karanikić-Mirić, M., *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009, p. 230.

²³ Antić, O., *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012, p. 479.

²⁴ Cooter, R., Ulen, T., *Law and Economics*, 6th edition, Addison Wesley Pearson, 2016, p. 193.

²⁵ Karanikić-Mirić, M., *op. cit.*, p. 235.

A person who sustained damage can achieve the right to compensation if the act that caused the damage can be attributed to the perpetrator as a *fault*.²⁶ Karanikic points to the complexity of fault and the severity of its definition, perceiving it as an *act that is wrong from a standpoint of established social expectations or as a mental state that deserves a moral or social contempt*.²⁷

The fault arises when a person does not behave in the same way that a reasonable man behaves and a man acts in a certain situation. The Law Of Contract And Torts stipulates that the fault exists when the tortfeasor has caused the damage intentionally or out of negligence. If the action is caused deliberately, and the perpetrator aware of the consequences that will arise out of it, and agrees to its outcome wilfully, in that case, there is *premeditation*, which may occur as a *direct* and *eventual* one. Inattention or negligence is a form of fault that compares the conduct of a perpetrator to the behaviour of other people, in order to determine if the demand of his attention is in line with the demand of due attention that is regular and common in contact with other people. Neglect can be ordinary (*levis culpa*) and gross fault or neglect (*lata culpa*).

5. Indemnity for non-material damage

Indemnity for damages implies the elimination of harmful consequences (for which claim for rights is necessary) to the damaged party by the tortfeasor. In case of indemnity, the tortfeasor bears the consequences of his behaviour, while the damage sustaining person, since he did not wilfully enter into the obligatory relationship with the tortfeasor, expects compensation from him.

The subjective nature of copyright makes it difficult to determine the adequate indemnity. When the damage is material, the compensation of damage implies a return to the previous state, ie restitution, which can be regarded as natural and monetary.²⁸ The elimination of the consequences of non-material damage is achieved through moral (non-material) and financial (material) satisfaction. A moral satisfaction can be made by announcing a judgment or correction, withdrawing an insult, or by any other means by which the consequence of the damage can be eliminated. Financial satisfaction is the amount of money that the damaged party can provide for personal satisfaction and that will restore the psychological balance disrupted by the harmful event.

The right to monetary compensation of non-material damage does not result from any violation of moral rights. For the realisation of the author's right to compensation for damage due to violation of moral rights, it is necessary to meet the conditions referred to in Article 200 of the Law Of Contract And Torts, according to which the basis of compensation is the intensity and duration of the pain and suffering by the author. In circumstances where the protection of violated author's rights can be achieved by announcing the correction, there are no grounds for deciding on monetary compensation for non-material damage. This does not mean that the deciding of monetary compensation of non-material damage excludes the possibility of other forms of compensation (apology to the author, etc.). On the contrary,

²⁶ Art. 154. Law of Contract and torts.

²⁷ Karanikić-Mirić, M., *Objektivna odgovornost za štetu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013, p. 7.

²⁸ Antić, O., *op. cit.*, p. 515.

compensation may accumulate the right to announce a judgment or correction, as well as the right to monetary compensation. The amount awarded as a monetary compensation of non-material damage does not represent an estimate of the value of the author's work, nor the artistic value of the work, but rather the amount that can eliminate the consequences of the violation of the author's rights, that is, it provides satisfaction for the psychological pain the author suffers.²⁹

Having in mind that there are no simple objective criteria that would "measure" the non-material damage, that is, the physical and mental pain suffered by the damage sustaining person due to a violation of his rights, it is difficult to determine the amount of the non-material damage and the assessment of the monetary amount that is awarded in the name of indemnity. To determine the amount of compensation for non-material damage, we can use an *objective* method that relies on the average, recurrence of similar cases and a *subjective* method that determines all the circumstances of a particular case.³⁰ While assessing the amount of financial compensation for non-material damage, it is necessary, beside the objective criteria, to take into account the individual characteristics of the damaged party, and the perpetrator of the damage,³¹ as well as the facts specific to each individual case, in order not to develop false criteria on which basis would the amount of non-material damage be determined.

Authors can exercise their right to compensation for non-material damage in litigation proceedings or through alternative dispute resolution methods. Litigation is a procedure with an uncertain outcome which absorbs significant resources. This affects the determination of the parties to settle the dispute by settlement. The litigation expenses, which are often higher than the compensation that is being made, the expectations (often unrealistic) of achieving success in litigation procedure, the information asymmetry, the rules on allocation of litigation costs, and other, significantly affect the decision on the course in which the dispute is to be resolved. Authors as rational individuals, decide to initiate a claim for compensation for non-material damages for copyright infringement only if the benefit of the compensation effected is higher than the expenses that the compensation procedure requires.

The rules of compensation law determine the conditions that allow compensation of damages if the claim for compensation is based on tort liability. The aim of the compensation law is to compensate the person sustaining damage and to prevent potential damage of a perpetrator. Legal rules create incentives to take measures of attention, resulting in a small number of harmful events, and thus the number of damage compensation proceedings. Compensation, which lawyers are insisting on, is an ex-post approach where the accent is on compensation for damages after they have occurred, while prevention, in the opinion of economists, is an ex-ante approach, which insists on the preventative actions which they have in terms of liability for damage.³²

Successful litigation and a fair solution for a large number of damaged parties are more satisfactory than the money, which was obtained in compensation.

²⁹ Petrović, Z., Mrvić-Petrović, N., *op. cit.*, p. 176-177.

³⁰ Bukovac-Puvača, M., "Deset godina nove koncepcije neimovinske štete", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2015, vol. 36, br. 1, p. 166.

³¹ Trifunović P., "Naknada neimovinske štete zbog smrti bliskog lica", Pravni život, 1998, br. 10, Tom II, p. 898.

³² Mojašević A., "Pravni i ekonomski aspekti odštetnog prava u Americi i Francuskoj", Strani pravni život, 1/2009, str. 151.

Conclusion

Our country has done a lot of work on strengthening the protection of intellectual property rights, and in the last decade, a number of effective intellectual property laws have been adopted. By applying the Law on Copyright and Related Rights and the Law of Contract and Torts, copyright is provided with adequate civil protection. Intellectual property right in Serbia is fully harmonised with the similar regulations adopted within the EU, also with The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). This is a necessary requirement for renewing membership in the WTO since no country can become a member of the WTO without being a member of the TRIPS. Because the membership in the WTO is of enormous economical and political importance, the approach to TRIPS was not a dilemma, while the failure to apply obligations from TRIPS brings economic sanctions from the WTO.

Improving the protection system is not only important for the process of Serbia's EU integration, but it will also benefit the economy, citizens and the business.

Literature

- Antić O., *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012;
- Besarović V. *Intelektualna svojina, industrijska svojina i autorsko pravo*, Beograd, 2005;
- Bukovac-Puvača M., “*Deset godina nove koncepcije neimovinske štete*”, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, br. 1, 2015;
- Dudaš A., “*Naknada štete zbog povrede ličnih prava autora*”, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2006;
- Karanikić-Mirić M., *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009;
- Karanikić-Mirić M., *Objektivna odgovornost za štetu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013;
- Cooter R., Ulen T., *Law and Economics*, 6th edition, Addison Wesley Pearson, 2016;
- Marković M. S., Popović V. D., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2015;
- Milić D., “*Predmet zaštite autorskih prava*”, Pravni život, br. 11/2006;
- Milovanović N., “*Značaj nastave o intelektualnoj svojini na fakultetima*”, EIC, br. 19, oktobar 2014; Stošić, B., “*Inovacije i konkurentnost*”, EIC, br. 2, maj 2010;
- Petrović Z., Petrović-Mrvić N., *Naknada nematerijalne štete*, Službeni glasnik, 2012;
- Radišić J., “*Protivpravnost kao poseban uslov građanske odgovornosti*”, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-4/2001;
- Stanković O., Vodinelić V., *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd, 2004;
- Stanković O., *Naknada štete*, Nomos, Beograd, 1998;
- Trifković S., *Intelektualna svojina*, Beograd, 2007;
- Trifunović P., “*Naknada neimovinske štete zbog smrti bliskog lica*”, Pravni život, br. 10, Tom II, 1998;
- Mojašević A., “*Pravni i ekonomski aspekti oštećenog prava u Americi i Francuskoj*”, Strani pravni život, 1/2009;
- Law of Contract and torts, “*Official gazette of SFRY*“, no. 29/78, 39/85, 45/89, “*Official gazette of SRY*“, br. 31/93, and “*Official gazette of SCG*“, no. 1/2003 – The Constitutional Charter;

Law on Copyright and Related Rights, “Official gazette of RS“, no. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016-decision of the Constitutional court;
Krivični zakonik “*Sl. glasnik RS*” br. 111/2009;
Konvencija o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu (WIPO - World Intellectual Property Organization), “*Sl. list SFRJ-Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*” br. 31/72 i “*Sl. list SFRJ- Međunarodni ugovori*” br. 4/86;
“Šta je intelektualna svojina?”, WIPO, www.zis.gov.rs

UEFA FINANCIAL FAIR PLAY AS COMPLIANCE WITH THE OBJECTIVES OF FOOTBALL CLUBS' FINANCIAL STABILITY AND THE INTEGRITY OF THE COMPETITION¹

Ilia A. Vasilyev

Saint Petersburg State University

7/9 University Embankment, St. Petersburg, 199034, Russia

E-mail: i.vasilev@spbu.ru

Abstract

The UEFA Licensing and Financial Fair Play Regulations (hereinafter –UEFA Regulations)² provide a licensing system for clubs for admission to competitions such as the Champions League and the Europa League. These requirements are aimed at promoting fair play, which does not consider the difference in the property capabilities of clubs in the UEFA competitions. The requirements have a goal to improve the economic and financial situation of clubs, increase their transparency, reliability of funding sources and fulfill their debt obligations within the prescribed time limit. One of the requirements is that the clubs are not allowed to delay payments to other clubs and (or) their players, to delay tax or other mandatory payments. The decisions of the Court of Arbitration for Sport (hereinafter – CAS) on disputes about the violation of licensing requirements and financial fair play³ provide a new look at the discussion about the fairness of financial fair play. The objectives of the Regulation of fair play are aimed at creating the conditions for the financial stability of football clubs and the integrity of the UEFA competitions. In turn, **compliance with regulatory objectives** may:

- (1) **Predetermine the non-legal nature of certain provisions of the UEFA Regulations or the UEFA Regulations as a whole.**
- (2) **Violate the principles of equal treatment in bringing to responsibility and (or) proportionality of the disciplinary sanctions applied.**

(2) In this study, due to its limited scope, we will consider in detail only the second content of compliance with the objectives of the Regulation of the UEFA fair play by referring to CAS analysis of the principles of equal treatment in bringing to responsibility and (or) proportionality of disciplinary sanctions.

Keywords: *financial fair play, objectives of financial fair play, equity of responsibility, proportionality, disciplinary responsibility, practice of the Court of Arbitration for Sport.*

¹ This research was funded by RFBR according to the research project N 19-011-00528 «The concept of justice in the modern Russian legal system».

²UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulations. – URL: https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/Tech/uefaorg/General/02/56/20/15/2562015_Download.pdf.

³ CAS 2016/A/4492 Galatasaray vs. UEFA; CAS 2018/A/5808 AC Milan v. UEFA.

1. Main text.

1.1. Applying the principle of equal treatment when clubs are held accountable for violation of licensing requirements and financial fair play.

According to the club, in the CAS 2012/A/2824 dispute⁴, comparing this case with the “PAOK” case⁵, it is possible to reveal much in common, but the results differ significantly from each other. This is a demonstration of the double standards applied by UEFA and it is a clear example of the abuse of UEFA’s position. UEFA gave that club a second chance – if it committed a repeated violation, only then the sanction would be applied. The club offered a concrete action plan and therefore it needs to be given a second chance, as the “PAOK” football club was given.

The question of equal treatment in the application of the practice of the UEFA and CAS jurisdictional bodies is a comparison of the factual circumstances of the two disputes, with the establishment of which it is possible to speak of a violation of this principle. In the PAOK case, the club faced financial difficulties but **did not try to disguise the arrears: it acted openly and presented a reorganization plan.** Therefore, the UEFA jurisdictional body decided that suspension from participation in competitions could be a conditional sanction. In addition, the club “PAOK” **did not have arrears** on March 31, when it **was granted a license.** The only club’s violation was the presence of outstanding debt for June and September 2011, which was revealed in the process of observation.

In view of the above, the situations in the “PAOK” case and club’s case are different. Thus, **it is impossible to appeal to unequal treatment in the process of bringing the club to responsibility in CAS 2012/A/2824.** This conclusion can be extended by the position of arbitration in the CAS 2013/A/3233 dispute⁶, according to which the admission of the club to participate in the UEFA competitions, provided that it has a license issued on the basis of false information, **is just a violation of the principle of equal treatment.**

1.2. Applying the principle of proportionality in bringing clubs to responsibility for violation of licensing requirements and financial fair play.

In the CAS 2012/A/2824 dispute, the violation of the principle of proportionality was motivated by the club due to the fact that the new management, having “inherited” financial problems, coped with them properly and had already made a large number of payments to clubs and players. The undoubted proof of success, according to the club, is that the plaintiff is now fulfilling the current financial plan, and it strictly corresponds to the main goal – to reduce the debt of the club. Such positive results should be taken into account by the UEFA jurisdictional body, which should have made a proportionate and fair decision. Citing the example of practice, the club turned to the case of “Olympiacos Volou”⁷, in which the prosecuted club had committed one of the most serious offenses in sports, namely, it was involved in a contractual match. Comparing the two disputes, it is difficult to understand why both clubs got the same sanction – deprivation of the right to participate in the UEFA competitions, which has a conditional nature.

⁴ Arbitration CAS 2012/A/2824 Besiktas JK v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 31 October 2012.

⁵ CAS 2012/A/2824, paras. 48, 49.

⁶ Arbitration CAS 2013/A/3233 PAE Giannina 1966 v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 9 December 2013 (operative part of 16 July 2013).

⁷ CAS 2013/A/3233, para. 83.

The objectives of the UEFA Regulations are to ensure the normal financial situation of clubs and the ability to act as a “reliable member of the football family”. UEFA should provide support to those clubs that do something right, but differently than their predecessors. In **CAS 2012/A/2824**, the club followed a systematic policy of waiting for decisions from FIFA or CAS before making payment under the transfer contract, paying fees, compensation for training players or making payments under the solidarity mechanism. In other words, the club remained indebted to other clubs, waiting for them to take action, and never paid until a final decision was made. This allowed the club to unreasonably delay payment deadlines, while it was unable to pay on time. As a result, the club gained an unjustified advantage and, in addition, it jeopardized the financial well-being of its creditor clubs. It should be taken into account that the club benefited from the games of the Europa League, without disclosing the correct and truthful information about the debt that it had. There is no doubt that **all of the above is a violation of the principles of financial fair play**.

The club argued that the sanction was disproportionate, comparing it to the “Olympiacos Volou” case, but the two disputes were different: the “Olympiacos Volou” case was related to contractual matches, and the club was expelled from the Europa League and, in addition, “Olympiacos Volou” was conditionally deprived of the right to participate in subsequent competitions under the aegis of UEFA for 3 years with a trial period of 5 years.

In total, according to UEFA, this justifies a severe sanction in the form of a fine and exclusion from the competition without a trial period. The sanction applied in the appealed decision is quite **reasonable for the club which had debts both on March 31, June 30 and September 30 and which intentionally misled, representing them as “disputable”**. The decision is not disproportionate only because an alternative decision could have been taken. As we know, according to CAS practice the decision must be obvious and extremely disproportionate, which is not the case here⁸.

CAS agreed with the position of UEFA – only that another sanction can be applied in the case does not make the sanction disproportionate. The club had to prove that the decision made by the UEFA jurisdictional body was obviously and extremely disproportionate. CAS also noted that the plaintiff had a systematic approach to take debt obligations to other clubs and ignore them until it was forced to pay FIFA or CAS: **the club borrow from other clubs and thus created unequal conditions**. At the same time, the club could not prove that the payments were not made in good faith, allegedly “following the principle of waiting for the final decision in order to achieve a correct calculation”⁹. If so, the club should have submitted the decisions of the competent authorities with his position and calculation parameters. Since **the club ignored these demands of other clubs and did not challenge them, it acted in bad faith**.

In **CAS 2013/A/3453**¹⁰, Panel properly explained the meaning of the double penalty, which consists of a fine and a potential exclusion from the upcoming competition. These measures are appropriate for punishing clubs that do not comply with the UEFA Regulations: the imposition of one fine, which would be sufficient to prevent further violations, **would inevitably mean its large size and would have an adverse impact on the financial position**

⁸ CAS 2012/A/2824, para. 54.

⁹ CAS 2012/A/2824, paras. 127-129.

¹⁰ Arbitration CAS 2013/A/3453 FC Petrolul Ploiesti v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 20 February 2014 (operative part of 28 January 2014).

of the club, which would violate one of the main objectives of the Regulations. On the other hand, if the exclusion of a club, which has violated the UEFA Regulations, from the competition, is a conditional sanction before the payment of account payables by a certain date, the imposition of a fine **is necessary to keep the clubs from abuse in the form of regular postponement of payment until a fixed date.**

In the **CAS 2013/A/3233** dispute¹¹, the club considered that the UEFA jurisdictional body could confine itself to a fine or revoke the right to participate in competitions conditionally: such measures would be more consistent with the principle of proportionality, according to which the sanction must be necessary and appropriate to the violation. It should be taken into account that the validity of the license issued in accordance with the UEFA Regulations is a necessary condition for admission to the competition. Accordingly, if this requirement is not met and the license is issued on the basis of false information, **the only possible decision that can be taken is to deny the club the right to participate in the UEFA competitions.** Based on such considerations, CAS believes that **there is no room in such disputes to test the proportionality of the sanction applied.**

It should be emphasized that settlement agreements, that under the Regulations can be proposed by UEFA, are not equivalent to sanctions and therefore their application is not *a priori* **proportionate in comparison with disciplinary sanctions**¹², but the legal nature of the UEFA Regulations' rules is expressed in the right to choose between settlement agreements and disciplinary sanctions¹³.

1.3. Application of national legislation to define "arrears" used in the UEFA Regulations.

In **CAS 2013/A/3067**¹⁴ club believed that despite the application of the UEFA Regulations, the question of arrears should be resolved taking into account the tax legislation of the state. These **rules are relevant not only to resolve the issue of whether or not the club's debts existed but also whether they were overdue on the reporting dates** specified in the UEFA Regulations.

The club's request for a deferral within the "voluntary payment term" under national law could obviously be accepted or rejected by the tax authorities. According to the club, in the first case (when accepting the request), the tax authorities would publish a schedule of debt repayment (in installments, payments for which were to be made on certain dates) of the remaining amount. Payments carried out in accordance with this calendar, then came to be considered produced in the framework of the "voluntary term of payment", therefore, **these payments cannot be considered overdue.** In the second case (if the request had been rejected), the tax authorities would have set a deadline for payment, which should have been considered the final date of the voluntary deadline for payment.

Consequently, as long as the final date set by the tax authority has not come, the debt cannot be considered overdue. It follows that regardless of tax authorities' decision on the request for granting a delay within the "voluntary payment deadline" and **as long as the**

¹¹ CAS 2013/A/3453, para. 84.

¹² Arbitration CAS 2018/A/5808 AC Milan v. UEFA, para. 142.

¹³ CAS 2018/A/5808, para. 140.

¹⁴ Arbitration CAS 2013/A/3067 Málaga CF SAD v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 8 October 2013 (operative part of 11 June 2013).

taxpayer observes the instructions of the tax authorities, the debt cannot be considered overdue.

When considering the **CAS 2013/A/3067** dispute, it is necessary to take into account the provisions of article 63.3 of the UEFA Statutes¹⁵ and article R58 of the CAS Code¹⁶, according to which the law applicable to the dispute is the provisions of the Regulations and acts of the sports organization that made the appealed decision, that is, UEFA in our case. Swiss law is applied in a subsidiary manner, following article R58 of the CAS Code. As noted by the arbitration in **CAS 2013/A/3067**, if it was necessary to take a different view, according to which the application and interpretation of the Regulations would depend on the relevant national laws of each of the clubs participating in the UEFA competitions, **the objectives of the Regulations would be jeopardized**. The purpose of the Regulations is **to establish equal conditions for clubs and to ensure equal treatment of all participants** in the UEFA competitions. In order to ensure that the club's debts to the tax authorities can be considered overdue or not, CAS should rely solely on the Regulations and, depending on circumstances, on Swiss law. On the contrary, Spanish legislation should not be taken into account.

CAS notes that a different set of rules will be used with respect to applicable law issues. This will be fairer if the goal is to create favorable conditions for participation in international competitions of football clubs. The idea has the same possibilities – regardless of the fact that the club is in full compliance with the principle of freedom of association. This also follows from the practice of CAS, according to which **the rules cannot be overcome in accordance with the law since this leads to a violation of the principle of equality in relation to different countries**¹⁷.

In this regard, CAS believes that - in contrast to the appellant's opinion - the national legislation does not apply without taking into account the definition of “overdue debt” by UEFA. At first glance, it may seem that such a definition is only suitable for contractual obligations since only with respect to the latter conditions can be established. However, if we take into account Annex VIII to the UEFA Regulations as a whole, it becomes obvious that **this provision applies not only to contractual obligations but to all types of obligations established by these Regulations**. Thus, the term arrears is defined and should be considered **autonomously, regardless of national legislation**.

1.4. The tacit consent of public authorities to the club’s application for a grace period for mandatory payments.

As the arbitration in **CAS 2013/A/3067** emphasized, all the necessary conditions stipulated in Annex VIII to the UEFA Regulations would be fully complied with by the club if it made a request for a postponement and received written consent from the tax authorities. However, **the absence of any feedback from the Spanish tax authorities and a clear decision to postpone the deadline for payment cannot be considered compliance with the above requirement**. In making this conclusion, CAS did not ignore the fact that some national laws recognize the concept of tacit consent in the affairs of individuals who can submit a

¹⁵UEFA Statutes. – URL: https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefaorg/General/02/56/20/45/2562045_DOWNLOAD.pdf.

¹⁶Code of Sports-related Arbitration. – URL: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2019__en_.pdf.

¹⁷ CAS 2013/A/3067, para. 9.4.

request to public authorities, and the latter will not be active. However, even if it is assumed that in this case, the Spanish tax authorities gave tacit consent regarding the postponement of the deadlines for payments, **this is not sufficient, since the UEFA Regulation explicitly requires that the consent be given in writing.**

The club believes that it is enough that the request was sooner or later satisfied since the taxpayer does not have the right to force the tax authorities to make a decision within certain deadlines, it **can only wait for a decision.** According to the club, it would be unwise to impose sanctions for the delay resulting from the excessive workload of the tax authorities, and it cannot be punished for the fact that the Spanish tax authorities could not decide on his request in a shorter time, that is, within the appropriate time limits in accordance with the UEFA Regulations. Moreover, the club argues that the concept of force majeure, enshrined in Annex XI to the Rules of Procedure, will not be respected unless the fact that **the appellant had no opportunity to induce the tax authorities to make a decision will not be taken into account.**

CAS did not accept the club's arguments. It is worth noting that the situation in the case in question is no different from when **the club asks the private lender (the club, for example) to postpone the deadline for payment:** in this case, the debtor also does not have any authority capable of forcing the lender to decide on his request, but this is not a case of force majeure. Moreover, arbitration takes into account the fact that, contrary to the appellant's statements, the debtor had a definite influence on the timely decision-making on his request. This effect was that **it could have submitted a request to postpone the payment deadline earlier:** the earlier the request was submitted, the earlier a decision could be made to postpone it. CAS believes that the request was made almost at the very last moment before the reporting date and that the answer was not received in due time, **it is not only the tax authorities that should be blamed.**

1.5. Observance of terms by the club for the conclusion in writing delays on payments.

In CAS 2013/A/3233¹⁸ dispute the arbitration noted: the fact that as of March 31, 2013, the applicant owed tax authorities according to the contractual obligations which arose till December 31, 2012. As is known, in accordance with Annex VII to the Regulations, the debt is not considered overdue, within the meaning of these rules, if the debtor club can prove until March 31 that it has entered into a deferment agreement, which was accepted in writing with the creditor. In this case, on March 31, 2013, there was no written agreement confirming that the national tax authorities agreed to extend the payment period beyond the deadline. Indeed, on January 3, 2013, and on March 26, 2013, the club filed an application with the tax authorities to resolve their financial problems. However, in the light of the UEFA Regulations, **it is not enough to take action to obtain a deferment - an agreement with the competent tax authority must be concluded in writing within an acceptable time frame.** It is not disputed that the club has concluded a written agreement with the tax authorities to transfer and pay overdue payables. However, such an agreement was concluded on May 29, 2013, that is, almost two months after the expiration of the permissible period.

As noticed arbitration in CAS 2013/A/3233, clubs have to not only fulfill the material requirements established in acts and regulations of the sports organizations, but **they have to**

¹⁸ Arbitration CAS 2013/A/3233 PAE Giannina 1966 v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 9 December 2013 (operative part of 16 July 2013).

satisfy these conditions in certain dates: the good organization of any competition requires the use of accurate terms. In one of the arbitration awards (**CAS 2008/A/1579**¹⁹), it was noted that the question of deadlines has to be considered according to the principle of equality, it has to belong to all clubs and national football associations. Besides, the purpose of the term established by the Regulations of UEFA is also equitable to **the interests of legal definiteness** taking into account that the first selection round of the UEFA Europa League is usually carried out at the beginning of July.

1.6. The force majeure circumstances interfering implementation of payments by clubs inappropriate terms.

In the **CAS 2014/A/3533**²⁰ dispute, the arbitration indicated that the wording, language, and meaning of the appealed decision is incontrovertible and clear and require the club to prove that it fully paid the outstanding overdue payables by January 31, 2014. Compliance with this requirement was the only way to prevent the application of the sanction, but the club did not fulfill this condition. In this regard, the club claimed that **due to financial problems, as well as due to the difficult social and political situation** in the country, it could not fully repay its debt to foreign clubs by January 31, 2014.

The position of UEFA was that the club's reference to the social and political situation in the state was irrelevant to the case under consideration: although it is possible that this situation made it difficult for the club to pay foreign clubs but **the club managed to transfer a certain amount to creditors** in January 2014. Therefore, it can be argued that the real reason for not making payments is that the club did not have money, and the circumstances stated by the club **are not force majeure**.

Turning to the practice of CAS, it can be noted that the club's financial problems or lack of funds are consistently denied as the legal basis for default (**CAS 2005/A /957**²¹; **CAS 2006/A/1110**²²). Arbitration adheres to the definition of force majeure, which was previously given in decision **CAS 2002/A/388**²³: force majeure, in fact, implies an objective, rather than a personal, obstacle that does not depend on the "obliged party", that is, it is impossible to resist and in connection with the occurrence of which the performance of the obligation becomes impossible. In addition, **the conditions for the occurrence of force majeure should be interpreted narrowly, since force majeure is an exception to the principle of binding force of obligation**.

In light of this definition, CAS believes that the situation referred to by the club **cannot be considered as a case of force majeure**: although arbitration understands the economic situation in the club's country, nevertheless, it believes that the conditions for the occurrence of force of insuperable circumstances are not satisfied since the situation in the state did not prevent the club from paying a certain amount to creditors in January 2014. The club claimed

¹⁹ Arbitration CAS 2008/A/1579 Fudbalski Klub Zemun v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 26 November 2008.

²⁰ Arbitration CAS 2014/A/3533 Football Club Metallurg v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 9 September 2014.

²¹ Arbitration CAS 2005/A/957 Clube Atlético Mineiro v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), award of 23 March 2006, para. 56.

²² Arbitration CAS 2006/A/1110 PAOK FC v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 25 August 2006 (operative part of 13 July 2006), para. 43.

²³ Arbitration CAS 2002/A/388, Ülker Sport /Euroleague, award of 10 September 2002, p. 4.

that these payments were emergency payments made through an offshore company, as it was technically impossible to make payments in foreign currency from its state to clubs located outside. However, CAS considered that through these extraordinary payments, the club complied with the terms of the deferral agreement it entered into with its creditors, thereby **showing that the debtor was not objectively deprived of the opportunity to fulfill its payment obligations due to the circumstances that it was declared as a force majeure.**

In addition, the alleged difficulties with bank transfers to clubs outside the state were not supported by concrete evidence. In order to fulfill the burden of proof, the appellant had to provide **evidence in these proceedings regarding why the entire amount of the debt could not be paid through an offshore company.** It would be appropriate here to refer to decision **CAS 2008/A/1621**²⁴, in which the arbitration formulated the position that the club should have declared a general adversity in a particular place, that simply referring to a common problematic situation in a particular place is not enough to justify a violation on the basis of use of certain circumstances as force majeure. The party that submits the application must identify and prove which concrete and precise fact prevented it from carrying out certain activities. Therefore, CAS reasonably in **CAS 2014/A/3533** took the position that, apparently, the club could pay the full amount to its creditors by means of payments through an offshore company by January 31, 2014, if sufficient funds were available. However, as mentioned by the club in the appeal statement "... investors of the club did not include such items of expenditure in the budget of the club"²⁵. Consequently, **the club's refusal to fulfill its obligations in a timely manner was caused by the reasons falling under its responsibility.**

2. Conclusions.

The club licensing system, which is based on monitoring the financial situation of the club, requires that clubs are on an equal position, reflecting a fair balance of European competitions under the auspices of UEFA. Thus, **one club should not receive an unfair advantage by evading the obligations arising from the UEFA Regulations, especially referring to national legislation or resorting to fictitious force majeure circumstances.** Not surprisingly, the CAS formulated the rule that reference to national legislation in the context of the UEFA Regulation is possible only when it is necessary for the application of the Regulation and when reference to national legislation does not undermine the objectives of the Regulation. After analyzing the presented CAS practice, it can be concluded that the UEFA Regulations do not demonstrate non-legal criteria, differing in the fair purpose of Regulation: restricts clubs, whose financial capabilities allow them to operate not in the economic model, spending much more than they earn, and have an advantage over clubs with the balance of income and expenses²⁶.

Promoting the interests of football as a sport through compliance with licensing requirements and financial fair play is a goal that should be taken into account when interpreting the provisions contained in the UEFA Regulations. **The provisions of the UEFA Regulations are aimed at preventing disputes about the content of the concepts used in it,** introducing a uniform definition, for example, of one of the key issues – what constitutes "overdue debt". The UEFA Regulations allow **the terms to be unambiguously defined and,**

²⁴ Arbitration CAS 2008/A/1621 Iraqi Football Association v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & Qatar Football Association, award of 29 September 2008, para. 62.

²⁵ CAS 2014/A/3533, para. 63.

²⁶ CAS 2016/A/4492 Galatasaray vs. UEFA, para. 77.

as a result, there are no grounds for applying the principle of “contra proferentem”, according to which, with some ambiguity of a particular provision of the contract, it is interpreted against the party that drafted the contract.

Turning to the practice of CAS for the category of cases we are interested in, you can see that if the clubs in the monitoring process had large amounts of overdue debts or several debts (or both), they were cumulatively applied to such sanctions as deprivation of the right to participate in competitions and fine. The number and (or) amount of overdue debts were taken into account. For example, in the **CAS 2012/A/2824** dispute, the arbitration had no doubts that several debts, along with the fact that the national football association should not have issued the license, motivated the sanctions we mentioned earlier. CAS noted that **the sanction applied to the club is evidence of how seriously** (on the same level as the manipulation of the results of competitions, matches) **UEFA treats violations of licensing requirements and financial fair play**.

Bibliography

- Arbitration CAS 2002/A/388, Ülker Sport /Euroleague, award of 10 September 2002. – URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/388.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2005/A/957 Clube Atlético Mineiro v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), award of 23 March 2006. – URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/957.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2006/A/1110 PAOK FC v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 25 August 2006 (operative part of 13 July 2006). – URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1110.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2008/A/1579 Fudbalski Klub Zemun v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 26 November 2008. – URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1579.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2008/A/1621 Iraqi Football Association v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & Qatar Football Association, award of 29 September 2008. – URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1621.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2012/A/2824 Besiktas JK v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 31 October 2012. – URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2824.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2013/A/3067 Málaga CF SAD v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 8 October 2013 (operative part of 11 June 2013). – URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3067.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2013/A/3233 PAE Giannina 1966 v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 9 December 2013 (operative part of 16 July 2013). – URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3233.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2013/A/3233 PAE Giannina 1966 v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 9 December 2013 (operative part of 16 July 2013). – URL:

- <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3233.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2013/A/3233 PAE Giannina 1966 v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 9 December 2013 (operative part of 16 July 2013). – URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3233.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2013/A/3453 FC Petrolul Ploiesti v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 20 February 2014 (operative part of 28 January 2014). – URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3453.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2014/A/3533 Football Club Metallurg v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 9 September 2014. – URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3533.pdf> (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2016/A/4492 Galatasaray vs. UEFA. – URL: https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/CASdecisions/02/44/19/46/2441946_DOWNLOAD.pdf (accessed: 10.06.2019).
- Arbitration CAS 2018/A/5808 AC Milan v. UEFA. – URL: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Award_Final_5808.pdf (accessed: 10.06.2019).
- Code of Sports-related Arbitration. – URL: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2019__en_.pdf (accessed: 10.06.2019).
- UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulations. – URL: https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/Tech/uefaorg/General/02/56/20/15/2562015_DOWNLOAD.pdf (accessed: 10.06.2019).
- UEFA Statutes. – URL: https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefaorg/General/02/56/20/45/2562045_DOWNLOAD.pdf (accessed: 10.06.2019).

ИЗВРШУВАЊЕ НА УПРАВНО СУДСКИТЕ ПРЕСУДИ - НОВИНИ И ПРЕДИЗВИЦИ -

Ивана Шумановска-Спасовска

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

Апстракт

Управно судската заштита не би ја остварила својата суштина доколку таа не се остварува на ефикасен и ефективен начин. Ефективноста ја согледуваме преку задолжителноста на судските пресуди спрема тужителот, тужениот, заинтересираните странки и судот. Тоа значи дека јавните органи се должни да постапуваат по напатствијата дадени во пресудите и истата да ја извршат во со закон предвидениот рок, а тоа согласно Законот за управни спорови е 30 дена. Но, во практиката на работењето на Управниот суд не ретко се случува јавните органи да не ја извршат пресудата што се огледа во Годишните извештаи за работење на Управниот суд, во делот што се однесува на заведени тужби заради неизвршување на управно-судската пресуда. Консеквентно на наведеното, предмет на анализа во овој труд ќе бидат прописите со кои се регулира оваа проблематика. При тоа, посебен акцент ќе биде ставен на Препораката на Комитетот на министри (Recommendation Rec(2003)16) која се однесува токму на извршувањето на административните и судските одлуки од областа на административното право.

Посебен акцент во истражувањето се посветува на следниве прашања: кога една пресуда станува извршна, кои се правата и обврските за странките, врз основа на кои прописи се спроведува извршувањето и кои се санкциите од неизвршувањето на пресудите.

Воедно, во трудот се анализира и досегашното искуство од работењето на Управниот суд во однос на извршувањето на пресудите, а се со цел да се посочат недоследностите на досегашното уредување на оваа прашање, кои пред се се надминуваа со примената на членот 53 од Законот за управни спорови од 2006 година. Една од целите на истражувањето е и да се укаже и на новините кои се предвидени во Законот за управни спорови од 2019 година, а кои се однесуваат на можноста за изрекување на парична казна за овластено, односно одговорно лице во јавниот орган кое навреме нема да ја изврши пресудата. Сепак, останува предизвикот дали оваа одредба може да влијае на подигање на свеста кај јавните органи за значењето и улогата на ефикасната и ефективна правна заштита и почитувањето на судските одлуки.

За да ја оствариме поставената цел во трудот ќе извршиме анализа на статистичките податоци од работењето на Управниот суд и ќе ги користиме позитивно правниот и компаративниот метод.

Клучни зборови: управен спор, пресуди, извршност, судски одлуки

ENFORCEMENT OF ADMINISTRATIVE VERDICTS - NOVELTIES AND CHALLENGES –

Ivana Šumanovska-Spasovska

Associate professor at the Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss. Cyril and Methodius
University in Skopje

Abstract

Administrative judicial protection would not achieve its essence if it is not exercised in an efficient and effective manner. We see the effectiveness through the mandatory court decisions against the plaintiff, the defendant and the interested parties. This means that the public authorities are obliged to act on the instructions expressed in the verdicts and to perform the same within the prescribed deadline, which according to the Law on Administrative Disputes is 30 days. However, in the practice of the Administrative Court, it is not uncommon for the public authorities to refrain from executing the decision reflected in the Annual Reports of the Administrative Court, in the part referring to the filed lawsuits for failure to act upon the administrative-court decision. Consequently, the regulations governing this issue will be subject to analysis in this paper. In addition, a special emphasis will be placed on the Recommendation Rec (2003) 16, which refers on the execution of administrative and judicial decisions in the field of administrative law.

Special emphasis is placed on the specifying the point when a verdict becomes formally enforceable, the rights and obligations of parties, the legal grounds for enforcement and repercussions of failure to act upon reception of judicial verdict. At the same time, the paper analyzes past experience in the work of the Administrative Court regarding the verdict enforcement, in order to detect shortcomings of the current regulation of this issue. Said issues were addressed with Article 53 of the Law for Administrative Disputes from 2006. One of the aims of the research is to point out the novelties foreseen in the Law on Administrative Disputes from 2019, which refer to the possibility of imposing a fine for an authorized or responsible person in the public authority that will act on the disposition expressed in a judicial verdict, in due time. However, the challenge remains whether this provision can affect raising awareness among public authorities of the importance and the role of effective and efficient legal protection and respect for judicial decisions.

In order to achieve the goals set in the paper we will analyze the statistics from the work of the Administrative Court and we will use the legal and comparative method.

Keywords: *administrative dispute, judgments, execution, court decisions*

1. Вовед

Во трудот се анализира постојано актуелно прашање, а тоа е извршување на одлуките донесени во управно-судската постапка. Односно, колку е делотворна управно-судската заштита и колку се почитува начелото на задолжителност на судските одлуки. Имено, само доколку одлуките на судот се извршат во практиката се обезбедува доследно остварување на правната сигурност. Тоа воедно значи почитување на авторитетот на судовите, одредена извесност за странките во однос на обезбедување на ефикасна и ефективна правна заштита и обезбедување вистински коректив во работењето на јавните органи. Воедно, спроведувањето на одлуките донесени во управен спор претставуваат *conditio sine qua non* за управно-судската заштита, со која подеднакво се штитат и субјективните права на странките и објективната законитост во општеството.¹

Ефективното извршување на обврзувачка судска одлука е основен елемент на владеењето на правото. Неопходно е да се обезбеди доверба на јавноста во авторитетот на судството. Судската независност и правото на правично судење (член 6 од Еконвенција за заштита на човековите права) се доведуваат во прашање доколку одлуката не се изврши.²

Оттука, и во теоријата и во практиката постојано се актуелизира прашањето: како да се реши проблемот со делотворноста на управно-судските пресуди и на кој начин странките да се заштитат од неизвршување на пресудите? Законодавецот оваа прашање го уредува со Законот за управни спорови и прописите од областа на извршувањето. Имено, една од суштинските новини во Законот за управни спорови од 2019 година е членот 13 во кој задолжителноста на судските одлуки е инаугурирана како едно од основните начела во управно-судската постапка.³

Доколку ја анализираме одредбата од Законот за управни спорови која се однесува на извршување на пресудите донесени во управно-судската постапка, се запрашуваме што е сменето од претходното законско решение, зошто е сменето и која е целта на новината, односно што сака да се постигне со новото законско решение? Целата на новото законско решение со кое задолжителноста е втемелена како основно начело, а за неизвршување на пресудите во со закон предвидениот рок се предвидува парична казна е влијание и на ефикасноста и на ефективноста на управно-судската заштита, но пред се зајакнување на правната сигурност, јакнењето на доверба во институциите, со што на граѓаните и правните лица ќе им се обезбеди ефективна правна заштита на нивите права и интереси, а од друга страна усогласување со европските стандарди и принципи кои се однесуваат на управно-судската контрола. Сепак, би констатирале дека по воведување на секоја новина треба да постои и мерење на резултатите од нејзината директна примена во практиката, па следствено на тоа во

¹ Rajko, Alen, *Zakon o upravnim sporovima*, TEB poslovno savjetovanje, Zagreb, 2010., str. 20, te Šikić, Marko, *Obveznost i izvršenje odluka donesenih u upravnom sporu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49., br. 2, 2012., str. 411., превземено од Dario Đerđa: *Izvršenje upravnosudskih odluka u Hrvatskom i usporednom pravu* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 1/2015., str. 131.-157., https://www.pravst.unist.hr/dokumenti/zbornik/2015115/zb201501_131.pdf пристапено на 1.6.2019

² Меѓународни документи за независно и ефикасно судство, Мислењата (13-16) на Советодавниот совет на европските судии при Советот на Европа со референтни документи и пракса на европскиот суд за човекови права, стр. 20, <https://www.osce.org/skopje>, проверено на 2.06.2019.

³ Закон за управни спорови, Сл.весник на РСМ, бр.96 од 17.5.2019

иднина треба да се преземат мерки и механизми со кои ќе се следи примената на новото решение, за да се укаже на придобивките или предизвиците со кои се соочуваат институциите и странките од нејзината примена.

2. Извршување на судските одлуки

За да може да зборуваме за извршување на судските одлуки, најпрво треба да одговориме на неколку суштински прашање поврзани со извршувањето. Имено, да ги наведеме видовите судски одлуки, видовите судски пресуди, кога една одлука станува извршна и кои се правата и обврските за странките во постапката откако една одлука ќе стане извршна.

2.1. Видови судски одлуки

Согласно, Законот за управни спорови е предвидено дека Управниот суд кога одлучува во управно-судската постапка донесува два вида судски одлуки, и тоа решенија и пресуди. Управниот суд ќе донесе решение кога пред се одлучува за процедурални прашања кои се однесуваат на постапката, а не кога решава мериторно, односно кога се впушта во оценка на законитоста на оспорениот акт. Согласно Законот за управни спорови судот одлучува со решение за прашања кои се однесуваат на постапката или се појавуваат во врска со постапката.

Оттука, судот може да донесе решение кога ќе одлучи дека тужбата треба да се отфрли или во случаи кога постапката треба да се запре. На пример, кога судот одлучил да ја отфрли тужбата заради неуредност, да ја отфрли тужбата заради немање можност да се води управен спор, да ја запре постапката поради повлекување на тужба или кога тужениот орган донел друг акт, поради одлучување за судско порамнување и други случаи наведени во Законот за управни спорови. Со решение судот може да одлучува и за временна мерка, враќање во поранешна состојба, одржување на ред во текот на расправата, поради прекинување на постапката заради одлучување по претходно прашање.

Доколку судот не ја отфрли тужбата и се впушти во оценка на законитоста, тогаш одлучува со пресуда. Согласно Законот за управни спорови судот со пресуда одлучува за главната работа и за споредните барања.

Согласно Законот за управни спорови од 2019 година предвидена е можност и за судско порамнување. Односно, за време на постапката, странките може да постигнат спогодба пред судот за предметот на постапката. Доколку порамнувањето го опфаќа тужбеното барање во целост, судот ќе донесе решение за запирање на постапката, а доколку опфаќа само дел од тужбеното барање, тогаш судот ќе ја внесе содржината на порамнувањето во изреката на пресудата.⁴

2.2. Видови судски пресуди

Во зависност од видот на управниот спор, постојат и повеќе видови на судски пресуди. Па така, доколку судот одлучувал во спор на законитост тогаш може да донесе

⁴ Член 68 од Закон за управни спорови, Сл.весник на РСМ, бр.96 од 17.5.2019

уважувачка или одбивачка пресуда. Со уважувачката пресуда судот го уважува тужбеното барање на тужителот, а оспорениот акт го поништува и предметот го враќа на повторно одлучување. Со одбивачката пресуда, судот го одбива тужбеното барање, а оспореното решение го потврдува, со што оценува дека оспорениот акт е законит, а тужбата е неоснована. Доколку судот го решавал спорот во полна јурисдикција, тоа подразбира дека судот освен што ја цени формалната и материјална законитост на оспорениот акт, тој одлучува и за самата управна работа. Она, што е интересно да се напомене за ваквата ситуација е тоа што иако пресудата формално правно е судски акт кој е донесен во судска постапка, од страна на судски орган, сепак во материјална смисла тоа претставува управен акт, затоа што се пресудата се решава одредена управна работа, односно се признаваат одредени права, се наметнуваат одредени обврски или се штитат одредени интереси.⁵ Донесувањето на пресудите во спор на полна јурисдикција е тенденција на новиот Закон за управни спорови од 2019 година, кој спорот на законитост сега го определува како исклучок, а спорот на полна јурисдикција како правило. Во управен спор кој се води заради молчење на администрација, судот има овластување самиот да ја реши управната работа. Оваа е исто така една од новините во Законот за управни спорови предвидена во член 60 став 2 во кој се наведува дека: „Ако судот најде дека јавниот орган не го донел поединечниот акт кој според прописите требало да биде донесен, со пресуда ќе го уважи тужбеното барање и самиот ќе ја реши управната работа“.⁶ Кај управните спорови покренати заради молчење на администрација треба да се напомене дека овој вид на управен спор не се води заради оценка на законитост на акт, затоа што во овој случај и не постои акт, туку истиот се води заради утврдување на причините поради кои јавниот орган не постапил по жалбата или барањето на странката во управната постапка во со закон предвидениот рок. Па поради тоа постои мислење според кое Управниот суд овој спор не треба да го решава во спор на полна јурисдикција. Но, сепак поради јакнењето на економичноста и ефикасноста на постапката и заштитата на странките од молчење на администрација се прифаќа новото решение овие спорови управните судови да ги решаваат во полна јурисдикција.⁷ Со пресуда судот одлучува и кога го прогласува оспорениот акт за ништовен, а тоа е во случај ако судот најде дека оспорениот акт бил донесен од ненадлежен орган.⁸ Исто така, судот со пресуда одлучува и за барање за надомест на штета или за враќање на предмети, во рамки на тужбеното барање.⁹

2.3. Извршност на судска одлука

За да зборуваме за извршност на судските одлуки најпрво треба да дефинираме што се подразбира под поимот извршност. Имено "извршување" значи давање на правно

⁵ Види и во: Krijan, Pero, Krijan Žigić, Lidija, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 278., превземено од Marko Šikić: *Obveznost i izvršenje odluka donesenih u upravnom sporu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 2/2012., str. 411.-424.

⁶ Закон за управни спорови, Сл.весник на РСМ, бр.96 од 17.05.2019 година

⁷ V. Bogdanović, Jakša, *Suština upravnog spora u slučaju "ćutanja administracije"*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3(1957), str. 346., превземено од M. Šikić, *Pitanja uređenja i primjene pravne zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj* 18 Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 29, br. 1, (2008), str.18, [https://hrcak.srce.hr/.pristapeno na 3.6.2019](https://hrcak.srce.hr/.pristapeno%20na%203.6.2019)

⁸ Чл.60 став 4 од Закон за управни спорови, Сл.весник на РСМ, бр.96 од 17.05.2019 година

⁹ Чл.61 од Закон за управни спорови, Сл.весник на РСМ, бр.96 од 17.05.2019 година

дејство на судските одлуки, и исто така на судските и несудски извршни исправи во согласност со законот кој го принудува должникот да стори, да не стори или да го плати она што било изречено.¹⁰ Тоа значи дека под поимот извршност се подразбира можност за присилно остварување на изреката во одлуката.¹¹

Согласно Законот за управни спорови предвидено е дека: „ (1) Пресудата е извршна од моментот на достава на странката, освен кога со пресудата не е утврден друг рок. (2) Решението е извршно веднаш по неговото објавување или доставување на странката, освен кога е поинаку утврдено со закон.“¹²

Во овој дел од трудот треба да укажеме и на разликата помеѓу извршноста и правосилноста на судската одлука. Она што треба да го истакнеме е дека против одлуката на Управниот суд, незадоволната странка има право на жалба до Вишиот управен суд, со тоа што жалбата го одлага извршувањето на обжалената пресуда, што значи дека таа има суспензивно дејство и пресудата не може да се извршува се до моментот додека Вишиот управен суд не донесе одлука. Она што би сакале да го истакнеме во овој дел од трудот е новината во Законот за управни спорови од 2019 предвидена во член 69 став 4 во кој се наведени случаите против кои не е дозволена жалба, што беше едно од спорните прашања во Законот за управни спорови од 2006 година. Па така, согласно оваа одредба жалбата не е дозволена против пресуда со која поединечниот управен акт е поништен или е прогласен за ништовен и предметот е вратен на повторно постапување на јавниот орган, како ни против пресуда со која судот му наложил на јавниот орган да го донесе поединечниот акт кој не бил донесен во утврдениот рок. Што подразбира дека овие пресуди во моментот на доставување на пресудите до странките стануваат и извршни.

Во однос на изјавување на жалба против решение донесено од Управниот суд е предвидено дека жалбата изјавена против решение нема суспензивно дејство односно не го одлага извршувањето на решението, па оттука констатираме дека од моментот на објавување или доставување на решението до странките истите се извршни.

За правосилна одлука донесена во управно-судската постапка се смета одлуката на Вишиот управен суд, откако ќе одлучи по вложената жалба, но и одлуката на Управниот суд против која не е дозволена жалба. Постои формална и материјална правосилност. Формалната правосилност на пресудата значи дека пресудата не може да се оспорува со редовни правни средства, односно дека жалба против пресуда не е дозволена, или жалбата е искористена или истекло рок за жалба. Материјална правосилност на пресудата се огледа во нејзиното дејство спрема тужителот, тужениот орган и спрема судот, односно обврската истите да постапат согласно диспозитивот или изреката на пресудата, а за судот значи *res judicata* што подразбира дека истата повеќе не може да ја менува.

¹⁰ Препорака Rec (2003) 17 на Комитетот на министри упатена на државите членки во однос на извршувањето совет на европа, Комитет на министри, 2003 година , Мислењата (13-16) на Советодавниот совет на европските судии при Советот на Европа со референтни документи и пракса на европскиот суд за човекови права, <https://www.osce.org/skopje/>

¹¹ Поконкретно види во: М. Šikić, *Pravomoćnost, konačnost i izvršnost u upravnom postupku*, *Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 33, br. 1, 205-220 (2012)*, <https://hrcak.srce.hr/file/>, проверено на 1.06.2019

¹² член 87 од Закон за управни спорови, Сл.весник на РСМ, бр.96 од 17.05.2019 година

2.4. Дејството на пресудата спрема тужениот орган

Кога станува збор за дејството што го имаат пресудите донесени во управен спор спрема јавниот орган, треба да напоменеме дека тоа пред се зависи од видот на судската пресуда. Имено, доколку судот донел одбивачка пресуда тогаш со таа одлука само се потврдува решението на јавниот орган и истиот може да бара негово извршување, се разбира доколку и претходно тој акт не е извршен, затоа што тужбата нема суспензивно дејство, што подразбира дека оспорениот акт бил извршен. Но, доколку судот донесе уважувачка пресуда тогаш тужениот орган е должен во со закон предвиден рок да донесе нов акт со кој ќе ја отстрани утврдената незаконитост од страна на Управниот суд и ќе постапи по напатствијата дадени во пресудата. Оваа прашање со Новиот Закон за управни спорови е уредено со две одредби. Имено, согласно член 60 став 5 од Законот за управни спорови е предвидено дека доколку судот го поништи управниот акт и предметот го врати на органот кој го донел управниот акт, во пресудата ќе му нареди на тужениот орган да донесе поединечен акт во рок од 15 дена по правосилноста на пресудата. При тоа тужениот орган е врзан за правното мислење на судот во однос на примената на материјалното право и за неговите ставови кои се однесуваат на постапката. Додека, согласно член 88 став 2, кога пресудата поништува одреден акт на тужениот без да ја реши управната работа, тужениот ќе постапи во согласност со изреката на пресудата во рок од 30 дена од денот на доставата на пресудата.

Од моментот кога ќе му биде доставена уважувачката пресуда на тужениот орган, органот може да одлучи да постапи на еден од трите начини, и тоа: да ја изврши пресудата и да донесе ново решение согласно укажувањата дадени во пресудата, да не ја изврши пресудата, односно да не донесе нов акт и да донесе нов акт спротивен на мислењето на судот дадено во пресудата.

Тука се поставува и прашањето што доколку оспореното решение е извршено, бидејќи тужбата за покренување на управен спор не го одлага извршувањето на решението, а со пресудата на Управниот суд се уважи тужбеното барање, а оспорениот акт се поништи. Во таков случај странката може да бара надомест на штета, која је претрпела поради извршувањето на незаконитото решение. За барањето за надомест на штета по правило треба да одлучува овластеното службено лице кое го спровело извршувањето на управниот акт.

3. Нормативно уредување на извршувањето на управно судските одлуки

Во овој дел од трудот акцент е ставен на правната заштита на странките доколку органот не постапи по пресудата или постапи спротивно на насоките дадени во пресудата.

А) Нормативно уредување на правната заштита во случај на неизвршување на управно-судска одлука согласно Законот за управни спорови од 2006

Согласно Законот за управни спорови од 2006 година, во членот 5 беше регулирано дека пресудите на судовите донесени во управните спорови се задолжителни и извршни.¹³

„Согласно, член 52 кога судот ќе поништи акт против кој бил поведен управен спор, предметот се враќа во состојба во која се наоѓал пред да е донесен поништениот акт. Ако според природата на работата што била предмет на спорот, место поништениот

¹³ Закон за управните спорови (Објавено во Сл. Весник на РМ, бр.62 од 19.05.2006 година)

управен акт треба да се донесе друг, надлежниот орган е должен да го донесе без одлагање, а најдоцна во рок од 30 дена од денот на доставувањето на пресудата. Надлежниот орган притоа е врзан со правното мислење на судот, како и со забелешките на судот во однос на постапката. Согласно член 53 доколу надлежниот орган по поништувањето на управниот акт не донесе веднаш, а најдоцна во рок од 30 дена нов управен акт, или акт за извршување на пресудата, странката може со посебен поднесок да бара донесување на таков акт. Ако надлежниот орган не донесе акт ни за седум дена од ова барање, странката може да бара донесување на таков акт од судот што ја донел пресудата. По поднесеното барање на странката поднесено до судот заради неизвршување на пресуда, судот ќе побара од надлежниот орган известување за причините поради кои не го донел управниот акт. Надлежниот орган е должен да го даде ова известување веднаш, а најдоцна во рок од седум дена. Ако тој не го изврши тоа или ако даденото известување според мислењето на судот не го оправдува неизвршувањето на судската пресуда, судот ќе донесе решение што во се го заменува актот на надлежниот орган, ако природата на работата тоа го дозволува. Судот ова решение ќе го достави до органот надлежен за извршување и за тоа истовремено ќе го извести органот што врши надзор.¹⁴

Она што може да го констатираме од досегашното законско уредување на правната заштита на странките во однос на неизвршување на судските пресуди е дека со членот 53 всушност се прави обид за надминување на проблемот со непостапувањето на јавните органи, но конкретна и ефективна правна заштита за странките не се обезбедува, односно од една страна странката не може да си го оствари своето право утврдено судската пресуда, а од друга страна сето тоа влијае на одолговлекување на остварувањето на правната заштита и одлучување во разумен рок. Имено, во овој случај кога Управниот суд ќе треба да постапува по барањето поднесено на основа на член 53 од Законот за управни спорови управно судската постапка се претвора во управна, а Управниот суд во јавен орган кој треба да одлучи за жалбата или барањето за странката, за што всушност судот понекогаш и не може самиот да ја реши управната работа заради тоа што природата на работата не го дозволува тоа. Наспроти тоа, тужениот орган, односно овластеното лице кое било должно за постапување по пресудата останува несанкционирано. Поради наведените причини во теоријата постојано се укажуваше на потребата од измена и дополнување на оваа законско решение, со ново со кое ќе се предвидат конкретни мерки и санкции кои судот ќе може да ги превземе или изрече во случај да биде покренат управен спор заради неизвршување на пресуди, на пример воведување на парична казна и дисциплинска одговорност за службеникот.¹⁵

Б) Анализа на статистички податоци во однос на бројот на управни спорови заради неизвршување на судски пресуди

¹⁴ Закон за управните спорови (Објавено во Сл. Весник на РМ, бр.62 од 19.05.2006 година)

¹⁵ Поконкретно види во: В. Davitkovski, А. Pavlovska-Daneva, I. Shumanovska-Spasovska, E.Davitkovska, The Decisions of the Administrative Court of the Republic of Macedonia and Their Latest Application by the Administrative Authorities, *Pravni zivot*, br.10 od 2015

	Нерешени		Новопримени		Повторно заведени		Погрешно заведени		Вкупно		Решени		Остаток	
	УИ	Вкупно												
2018 година	36	7579	55	7398	8	325	3	25	96	15277	79	9157	17	6120
2017	60		68	8712	5		3		130	18093	94		36	
2016	59		56	11001	1				114	21053	57		57	
2015	40		107	12182			2		145	23057	86		59	

Табела 1 - Извор – Годишни извештаи за работа на Управниот суд во Скопје¹⁶

Она што може да го заклучиме од емпириската анализа на статистичките податоци превземени од Годишните извештаи за работа на Управниот суд е дека во 2018 година 0,47% од нерешени предмети се однесуваат на предмети за управен спор за неизвршување на пресуда, 0,74% од новопримени предмети се предмети кои се водат заради неизвршување на пресудите, односно 0,62 % од вкупно предмети во работа се однесуваат на овие спорови. Во 2015 година 0,88 % од вкупно примени нови предмети се однесувале за неизвршување на судски пресуди, додека 0,63 % од вкупно предмети во работа се предмети кои се однесуваат за неизвршување на пресуди. Во 2016 година 0,51 % од новопримените предмети се однесуваат за управен спор за неизвршување на пресуда, а во 2017 година тој процент изнесува 0,78%. Од добиените податоци може да констатираме дека бројката на управни спорови кои се покренати заради неизвршување на судска пресуда воопшто не е занемарувачка, што од една страна влијае и на ефикасноста на управното судство, затоа што повторно треба да одлучува за спор за кој еднаш е донесена судска одлука, а од друга страна укажува дека постои непочитување на судските пресуди од страна на јавните органи.

2018 година УИ во разни области	Нерешени		Новопримени		Повторно заведени		Погрешно заведени		Вкупно		Решени		Остаток	
	У	И												
Имотно-правна	36	3	55	4	8	2	3	1	96	8	79	7	17	1
Урбанизам		4		7		0		0		11		11		0
Денационализација		13		4		1		1		17		15		2
Пензии		9		32		4		0		45		34		11
Царини		2		1		0		0		3		2		1
Јавни набавки		5		7		1		1		12		10		2

Табела 2 - Извор – Годишен извештај за работа на Управниот суд во Скопје за 2018 година¹⁷

¹⁶ <http://sud.mk/wps/portal/usskopje/sud/izvestai/>

¹⁷ <http://sud.mk/wps/portal/usskopje/sud/izvestai/>

2017 година	Нерешени		Новопримени		Повторно заведени		Погрешно заведени		Вкупно		Решени		Остаток	
Имотно-правна	60	11	68	11	5	2	3	0	130	24	94	22	36	2
Урбанизам		4		6		1		0		11		7		4
Денационализација		6		10		1		0		17		13		4
Пензии		25		27		0		2		50		32		18
Царини		10		2		0		1		11		9		2
Јавни набавки		4		12		1		0		17		11		6

Табела 3 - Извор – Годишен извештај за работа на Управниот суд во Скопје за 2017¹⁸

Во табела 2 и табела 3 се прикажани податоци кои се однесуваат на бројот на покренати управни спорови заради неизвршување на судски пресуди по разни области. Она што може да го констатираме е дека во 2018 година најголемиот број, односно 58,2% се предмети од областа на пензии, прва од пензиско и инвалидско осигурување и други права. Истата констатација се потврдува и во 2017 година, кога повторно најголем број на неизвршени пресуди 39,7 % се од областа на пензии, прва од пензиско и инвалидско осигурување и други права. Во 2016 година 46, 43% повторно се предмети од оваа област.¹⁹

В) Усогласување со европски принципи и стандарди во однос на извршување на судските пресуди

За значењето на ова прашање се посветува големо внимание и во меѓународните акти и документи. Како позначен ја наведуваме Препораката Rec (2003)16 на Комитетот на министри која конкретно се однесува на спроведување на управни и судски одлуки на полето на управното право.²⁰ Согласно, оваа Препорака се предвидуваат три услови кои државите членки треба да ги обезбедат во однос на извршувањето на судските одлуки. Прво, земјите членки треба да обезбедат управните органи да ги спроведуваат судските одлуки во разумен рок и да ги преземат сите потребни миерки предвидени со закон. Второ, во случаи на неспоредување на судска одлука од страна на управен орган, треба да е предвидена адекватна постапка со која ќе се бара спроведување и извршување на одлуката, особено преку наплата на казна. И трето, треба да се обезбеди одговорност во случај на одбивање на извршување на судските одлуки. Имено, јавните органи одговорни за извршување на судски одлуки подлежат на дисциплинска одговорност, материјална или кривична, доколку не ги извршат одлуките.²¹

¹⁸ <http://sud.mk/wps/portal/usskopje/sud/izvestai/>

¹⁹ Годишен извештај за работа на Управниот суд во Скопје за 2016, <http://sud.mk/wps/portal/usskopje/sud/izvestai/>

²⁰ Recommendation Rec(2003)16 of the Committee of Ministers to member states on the execution of administrative and judicial decisions in the field of administrative law (adopted by the Committee of Ministers on 9 September 2003 at the 851st meeting of the Ministers' Deputies, <https://www.coe.int/en/web/cdcj/recommendations-resolutions-guidelines>

²¹ Додаток на Препораката Рец(2003)16, превземено од Мислењата (13-16) на советодавниот совет на европските судии при советот на европа со референтни документи и пракса на европскиот суд за човекови права, <https://www.osce.org/skopje>

Согласно Мислењето бр. 13 (2010) на Советодавниот совет на европските судии (СЕС) за улогата на судиите во извршувањето на судските одлуки се препорачува Судските совети, или кое било друго релевантно независно тело, редовно да објавуваат извештаи за ефективноста на извршувањето, вклучувајќи и податоци за одлагања и причини за истите, и за различни методи на извршување, при што посебен дел треба да се однесува и занимава со извршувањето на пресудите против државните тела.²²

Во однос на воведувањето на санкција, односно парична казна заради неизвршување на судска одлука постојат и повеќе компаративни искуства. На пример, парична казна за неизвршување на судски одлуки постои и во Франција.²³ Во компаративните искуства постојат и примери во Франција, Шпанија, Италија и Германија на изрекување на присилни мерки на јавниот орган за извршување на одлуките, а тоа да биде доверено на самиот административен суд.²⁴ Компаративните искуства говорат и за можноста странката да бара надомест на штета која ја претрпела од неизвршување на пресуда. Такви примери за одговорност на државата (State liability) постојат во Австрија, Белгија, Англија, Велс.²⁵ Исто така, како други мерки кои можат да се превземат заради неизвршување на пресуди се можноста за покренување на дисциплинска постапка за државни службеници и контрола на медиумите.

На крајот може да констатираме дека неизвршувањето на судската пресуда се смета за пречекорување на овластување од страна на управниот орган. Затоа треба да се размислува и во насока, дали за странката треба да и се признае и надомест на штета заради неизвршување на пресуда²⁶ и воедно да претставува услов за покренување на дисциплинска и материјална одговорност на овластеното службено лице. Кога е потребен регрес на присилно извршување, државите треба да обезбедат домашното законодавство да дозволи кривично и дисциплинско гонење на одговорните лица кои се одговорни за одбивањето или одложувањето на извршувањето, како и да се преиспита нивната граѓанска одговорност. Државите треба да бараат од тие службени лица да ги покријат дополнителните трошоци што настанале заради одбивање или одлагање на

²² Меѓународни документи за независно и ефикасно судство, Мислењата (13-16) на Советодавниот совет на европските судии при Советот на Европа со референтни документи и пракса на европскиот суд за човекови права, стр. 24, <https://www.osce.org/skopje>, проверено на 2.06.2019.

²³ Резултат на судската пракса на судови од општа надлежност, наречени *astreint*. Нејзините посебни практични ефикасноста се рефлектира во надлежноста на судот да наметне тело за плаќање од јавно право

одредена сума на пари на судијата на пресудата за секој ден во кој е не ја изврши пресудата. *Državni savjet ovlašten je koristiti ga još od 1980. godine, a ostalim sudovima na raspolaganju stoji od 1995. godine*, и Brown, Neville L., Bell, John S., *Franch Administrative Law*, Clarendon press, Oxford, 1998., стр. 116-117, превземено од Dr. sc. Dario Đerđa: *Izvršenje upravnosudskih odluka u Hrvatskom i usporednom pravu* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 1/2015., стр. 131.-157.

²⁴ Bosiljka Britvić Vetma, Šime Peša, *Izvršenje upravnih i upravnosudskih odluka* Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, No. 1-2/2016, 2016. <https://hrcak.srce.hr/>

²⁵ International Association of Supreme Administrative Jurisdictions Madrid, 2004 VIIIth Congress, The Execution of Decisions of the Administrative Court, https://www.aihja.org/images/users/1/files/2004_Madrid_Congress_General_Report_VIII_congres_VII_I_va_0.pdf

²⁶ Драгаш Денковиќ, *Добра управа*, Београд, 2010, стр.448

извршувањето. Дејствијата на службени лица коишто го одлагаат или одбиваат извршувањето секогаш треба да подлежат на ефективно судско преиспитување.²⁷

Г) Новини во Законот за управни спорови од 2019 година кои се однесуваат на извршувањето на судските одлуки

Имајќи го предвид горе наведеното, може да констатираме дека и досегашното нормативно уредување на извршувањето на управно-судските пресуди, и судската пракса на Управниот суд и компаративните искуства, како и потребата од усогласување на управно-судската постапка со европските принципи и стандарди за управното судство укажуваат на неминовната потреба од донесување на ново законско решение со кое ќе се доуреди и прецизира правната заштита на странките во случај на неизвршување на судските одлуки.

Во мај 2019 година стапи на сила новиот Закон за управни спорови, кој ќе започне да се применува една година од негово стапување на сила. Покрај бројните новини кои ги содржи овој закон, а кои се однесуваат на проширување на предметот на управно-судската заштита, одлучување од страна на судија поединец, спроведување на модел постапка, воведувањето на спорот на полна јурисдикција како правило, а спорот на законитост како исклучок, овој закон предвидува и новини кои се однесуваат на извршување на судските пресуди.

Имено, со новиот Закон за управни спорови задолжителноста на судските пресуди е втемелена како една од основните начела на управен спор, додека деталното уредување на прашањето за извршување на судските одлуки е уредено со членовите 87,88, 89 и 90 од законот. Со членот 87 се уредува прашањето во однос на тоа кога одлуките на судот стануваат извршни, односно дека пресудата станува извршна од моментот на доставување на странката, освен кога со пресудата не е утврден друг рок, а решението од моментот на негово објавување или доставување на странката, освен кога поинаку е утврдено со закон. Секако, дека кај извршноста на пресудата треба да се внимава дали станува збор за извршување на првостепенa или второстепенa пресуда. Фактот дека жалбата има одложно дејство, има влијание и на извршноста на пресудата. Па оттука, првостепената пресуда може да се изврши доколку против неа не е дозволена жалба, доколку жалбата е искористена или пак истекол рокот за вложување на жалба. Второстепената пресуда станува извршна во моментот на доставување на странките. Тука пред се се мисли на пресуда со која се одбива жалбата и се потврдува првостепената пресуда, или второстепената пресуда со која се преиначува првостепената.

Во членот 88 се регулира прашањето за извршност за разните видови на судски пресуди. Па така, доколку судот донел пресуда во спор на полна јурисдикција, тужениот е должен во рокот определен во пресудата, да ги преземе дејствијата утврдени, односно наложени во пресудата. Во случај на донесување на уважувачка пресуда донесена во спор на законитост, кога пресудата поништува одреден акт на тужениот без да ја реши управната работа, тужениот ќе постапи во согласност со изреката на пресудата во рок од 30 дена од денот на доставата на пресудата. Новина е ставот 3 од овој член со кој што

²⁷Меѓународни документи за независно и ефикасно судство, Мислењата (13-16) на Советодавниот совет на европските судии при Советот на Европа со референтни документи и пракса на европскиот суд за човекови права, стр. 26, <https://www.osce.org/skopje>, проверено на 2.06.2019.

се предвидува парична казна за неизвршување на судска пресуда, односно како што е наведено во законот доколку тужениот не постапи во согласност со пресудата во утврдениот рок од 30 дена, ниту го почитува правното мислење и упатството на судот, судот изрекува парична казна во износ до 20% од месечната плата на овластеното, односно одговорното лице во јавниот орган.

Останува само предизвикот што во случај кога странката повторно ќе покрене тужба заради неизвршување на пресуда. Имено, согласно член 60 став 6 е предвидено дека кога судот постапува по изјавена тужба против управен акт кој еднаш бил поништен и вратен на повторно одлучување кај првостепен орган, постапувајќи по тужбата должен е самиот да ја реши управната работа, при што пресудата во целост го заменува поништениот поединечен акт. Додека за одговорното или овластеното лице судот ќе му изрече парична казна во износ до 20% од месечната плата на тоа лице. Како отворено прашање останува дали овие тужби ќе имаат приоритет во одлучувањето затоа што еднаш веќе е донесена судска пресуда и што во случај кога согласно природата на работата судот не може самиот да ја реши управната работа. Според мислењата на Советодавниот совет на европските судии при Советот на Европа, земјите-членки треба да обезбедат итни или забрзани постапки за извршување кога одлагањата можат да доведат до неповратни повреди. При што, извршувањето на судската одлука нема да наметнува потреба од отпочнување на целосно нова постапка, а постапките за извршување нема да дозволуваат повторно решавање на главната работа одлучена со изворната судска одлука ²⁸.

Во однос на изрекувањето на паричната казна би навеле дека истата се изрекува со решение, а судот за неизвршувањето може да води службена евиденција или пак странката да поднесе предлог до судот.

Во однос на спроведување на постапката за извршување на пресудата предвидено е дека извршувањето на пресудата се спроведува согласно прописите од областа на извршувањето.

На пример, во однос на извршувањето на судските одлуки може да се применуваат Законот за управни спорови, Законот за општа управна постапка, Законот за извршување и друг закон со кој се уредува оваа прашање. Согласно Законот за општа управна постапка постои извршување на парични и непарични обврски. Па така, во член 129 е предвидено дека извршувањето на непарични обврски се спроведува по административен пат (управно извршување), додека извршувањето на парични обврски се спроведува од страна на извршител согласно Законот за извршување. Согласно член 130 извршувањето на непарични обврски го спроведува јавниот орган што го донел управниот акт во прв степен, дури и кога актот е изменет од страна на второстепениот јавен орган или од Управниот суд.²⁹

Согласно Законот за извршување за извршна исправа се смета: 1) извршна судска одлука и судско порамнување; 2) извршна одлука и порамнување во управна постапка, ако гласат на исполнување на парична обврска.³⁰ Судска одлука, во смисла на овој

²⁸ Меѓународни документи за независно и ефикасно судство, Мислењата (13-16) на Советодавниот совет на европските судии при Советот на Европа со референтни документи и пракса на европскиот суд за човекови права, стр. 22, <https://www.osce.org/skopje>, проверено на 2.06.2019.

²⁹ Чл.130 од Закон за општата управна постапка (Објавено во Сл. Весник на РМ, бр.145 од 23.07.2015 година)

³⁰ Член 12 Закон за извршување (Објавено во Сл. Весник на РМ, бр.72 од 12.04.2016 година)

закон, е пресуда, решение, платен и друг налог на судовите, на избраните судови и на арбитражите, а како судско порамнување се смета порамнувањето склучено пред тие судови.³¹

Неизвршување на судска одлука е уредено и во член 377 од Кривичниот законик.³² Со членот 89 се уредува надлежноста за извршување на судските пресуди. При тоа, се наведува дека надлежен орган за извршување на решенијата е судот кој ги донел. Додека извршувањето на парични обврски утврдени во решението се спроведува согласно Законот за извршување.

Во член 90 се предвидува дека судот постапката ја спроведува без одолжување, во разумен рок, а паричните казни утврдени со овој закон ги изрекува Управниот суд, додека надвор од рочиштето за главна расправа казната ја изрекува судија поединец, односно претседателот на советот.

Во случај паричната казна изречена со правосилно решение не биде доброволно платена во рокот кој го определил судот, таа присилно се наплатува по предлог на судот согласно закон.

Заклучок

Од елаборираното во трудот може да констатираме дека со Законот за управни спорови донесен во мај 2019 година кој ќе започне да се применува од мај 2020 година е направен сериозен обид за обезбедување на ефикасна, ефективна и квалитетна управно-судска заштита. Особено во делот кој се однесува на извршувањето на судските одлуки се прави и усогласување на домашното законодавство со европските препораки и стандарди во однос на управно-судската постапка, со што задолжителноста на судските одлуки е втемелена како една од основните начела во управниот спор, а за неизвршување на пресудите се предвидува и изрекување на парична казна за одговорното, односно овластено лице во висина од 20% од месечна плата на тоа лице. Целта на ваквото законско решение е почитување на авторитетот на судот и волјата изразена во одлуките кои се однесуваат за конкретна ситуација, со што се обезбедува законитост во работењето на јавните органи. Исто така, со оваа новина се очекува да се надминат досегашните недоследности во поглед на извршувањето на судските одлуки и да се намали бројот на случаите за неизвршување на пресуда или непочитување на напатствијата дадени во пресудата.

Секако дека антиципирањето на европските стандарди и принципи во управното судство се очекува на придонесе за јакнењето и на правната сигурност и јакнење на довербата на јавноста дека управното судство и вистински коректив во однос на контрола на законитоста на актите и работењето на јавите органи.

Треба да потенцираме дека неизвршувањето на судските пресуди се смета за пречекорување на овластувања од страна на јавните органи, односно овластените лица кои решаваат управни работи и преземаат управни дејствија. Па оттука, освен изрекување на парична казна за неизвршување на пресуда, би требало да се одлучува и за надомест на штета предизвикана од неизвршување на пресуда, како и тоа да биде услов за дисциплинска и материјална одговорност на службеникот кој нема да ја изврши пресудата.

³¹ Член 13 Закон за извршување (Објавено во Сл. Весник на РМ, бр.72 од 12.04.2016 година

³² Кривичен законик, “Службен весник на Република Македонија” бр. 37/96 .

Воедно, во иднина треба да се внимава на делотворноста на ова законско решение. Тоа подразбира дека треба да се преземат мерки за следење на остварување на практичната примена на ова законска новина, со цел да утврдат одредени позитивни и негативни импликации од неговата примената, односно дали правното регулирање е добро или пак праксата укажува дека постои потреба од негово дополнување и прецизирање, кои резултати се забележуваат во праксата, односно дали е намален бројот на предметите заведени под УИ кои се водат заради неизвршување на пресуди, колку се почитува начелото на правосилност и колку трае целокупната постапка.

Имено, останува на судската пракса да се грижи за адекватната примена на новите законски решение, што пред се зависи и од човечките, техничките и финансиските капацитети на управните судови. При тоа, Управниот суд ќе се соочи и со предизвиците кои се однесуваат во одлучувањето во спор на полна јурисдикција и одржување на расправа, за што секако дека треба да ги зајакне своите капацитети. Додека јавните органи, односно овластените службени лица да го почитуваат авторитетот на судот и доследно да ја спроведуваат изреката на пресудата во со закон предвидениот рок.

Референци

- Brown, Neville L., Bell, John S., *Franch Administrative Law*, Clarendon press, Oxford, 1998., str. 116-117.
- Bosiljka Britvić Vetma, Šime Peša, *Izvršenje upravnih i upravnosudskih odluka Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, No. 1-2/2016, 2016. <https://hrcak.srce.hr/>
- B. Davitkovski, A. Pavlovska-Daneva, I. Shumanovska-Spasovska, E. Davitkovska, *The Decisions of the Administrative Court of the Republic of Macedonia and Their Latest Application by the Administrative Authorities*, *Pravni zivot*, br.10 od 2015
- V. Bogdanović, Jakša, *Suština upravnog spora u slučaju "čutanja administracije"*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3(1957), str. 346.
- Gordana Marušić-Babić *Izvršenje prema novom zakonu o upravnim sporovima*, http://iju.hr/Dokumenti/pub_6.pdf
- Драгаш Денковиќ, *Добра управа*, Београд, 2010
- Dario Đerđa: *Izvršenje upravnosudskih odluka u Hrvatskom i usporednom pravu Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52, 1/2015
- Krijan, Pero, Krijan Žigić, Lidija, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Novi informator, Zagreb, 2006
- Rajko, Alen, *Zakon o upravnim sporovima, ТЕВ poslovno savjetovanje*, Zagreb, 2010.
- Šikić, Marko, *Obveznost i izvršenje odluka donesenih u upravnom sporu*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 49., br. 2, 2012
- Recommendation *Rec(2003)16* of the Committee of Ministers to member states on the execution of administrative and judicial decisions in the field of administrative law (*adopted by the Committee of Ministers on 9 September 2003 at the 851st meeting of the Ministers' Deputies*, <https://www.coe.int/en/web/cdcj/recommendations-resolutions-guidelines>
- Закон за општата управна постапка, Сл. Весник на РМ, бр.145 од 23.07.2015 година
- Закон за извршување, Сл. Весник на РМ, бр.72 од 12.04.2016 година
- Закон за управните спорови, Сл. Весник на РМ, бр.62 од 19.05.2006 година)
- Закон за управни спорови, Сл.весник на РСМ, бр.96 од 17.5.2019

Кривичен законик, “Службен весник на Република Македонија” бр. 37/96 .
International Association of Supreme Administrative Jurisdictions Madrid, 2004 VIIITH
Congress, the execution of decisions of the administrative court,
https://www.aihja.org/images/users/1/files/2004__Madrid_Congress__General_Report_VIII_congres_VIII_va_0.pdf
<http://sud.mk/wps/portal/usskopje/sud/izvestai/>
https://www.pravst.unist.hr/dokumenti/zbornik/2015115/zb201501_131.pdf
<https://www.osce.org/skopje>
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805df14f
<https://www.coe.int/en/web/cdcj/recommendations-resolutions-guidelines>

СОЗДАВАЊЕ НА НАЦИОНАЛНА ГЕРМАНИЈА: ИСТОРИЈА, ПОЛИТИКА И ПРАВО

Иванка Василевска

Правен факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопје

CREATING NATIONAL GERMANY: HISTORY, POLITICS AND LAW

Ivanka Vasilevska

Associate Professor

Faculty of Law "Iustinianus Primus"

"Ss.Cyril and Methodius" University in Skopje

Abstract

The historical state-legal development of Germany in many ways is specific, because although the German state was created after the Franco-Prussian war of 1871, certain announcements and elements of its statehood existed even before its official creation. With the Paris Peace Agreement of May 30, 1814, German states were declared autonomous and joined forces in a federal alliance. The decisions of the Vienna Congress of 1815 were regarded as the fundamental law of the German Union, and its regulation was envisaged by the German federal acts, which in a small part were altered by the Viennese federal acts of 1820. In the second half of the 19th century the conditions for the national formation of Germany matured, and this was largely the merit of the Prussian chancellor Otto von Bismarck. His goal was to unite Germany around Prussia and for that purpose he used manipulation, diplomacy and power. At the end of the 19th century and at the beginning of the 20th century, the strengthened German state and the increased industrial capital it possessed conditioned the demand for "its place under the sun" in the imperialist world politics, which surpassed its state borders. At a time when the colonial policies of the great and powerful states largely captured the springs and centers of imperial holdings in Africa and Asia, the belated birth of this gigantic state has problematized the balance of powers in Europe. The imperialist German project failed in 1918. For these reasons, this paper deals with the legal and political aspects of national Germany, from its creation to the Second World War.

Историски преглед до 1914 година: *Vormärz*.¹

Иако се еден од најстарите европски народи, Германците дури во втората половина на XIX век го оствариле своето национално и државно обединување. Историскиот државно-правен развој на Германија по многу нешта е специфичен

¹ Поповска. Билјана, Историја на правото, III, Скопје, 2011. стр. 136. („Периодот помеѓу Наполеоновото владеење и револуциите од 1848 година е познат под терминот *Vormärz*“).

бидејќи иако германската држава била создадена по француско-пруската војна од 1871 година, извесни најави и елементи на нејзината државност постоеле и пред нејзиното официјално создавање.² Германија во текот на првата половина од XIX век сеуште била поделена на повеќе од тристотини држави и слободни градови. Крвавите религиски војни од минатото ја разделиле енергијата и виталноста на германскиот народ кој се помалку бил подготвен да им се спротивстави на своите владетели.

Во својата суштина Светото римско царство на германскиот народ се до првата половина од XIX век постоело само формално, претставувајќи агрегат на мноштво од мали држави (Kleinstaaterei).³ Владетелите од династијата на Хабзбурговците кои владееле со Австрија ја носеле и круната на римско-германските цареви, но во практиката немале особено влијание врз владетелите на германските држави. Со зајакнувањето на кнежеството Прусија во XVII век, кое било предводено од страна на куќата на Хохенцолерните и со крунисувањето на кнезот Фридрих II (1688 - 1713 година) на 18 јануари 1701 година, за пруски крал, започнале трите австриско-пруски војни за Шлезија.⁴ По големата Пруска победа во 1763 година, официјално започнал и периодот на борба помеѓу Австрија и Прусија за превласт во Германските земји. Оваа борба траела подолго од еден век и завршила со Пруска победа, благодарение на големата државничка вештина на прускиот, подоцна прв сојузен канцелар Ото фон Бизмарк.⁵

Со Наполеоновото освојување на германските земји во значајна мера биле разорени феудалните остатоци во нив, а борбата со француската доминација ја подигнала националната свест кај германската буржоазија, бидејќи ја желбата за националното обединување. Судирот помеѓу германската феудална империја и француската буржоаска империја завршил со пораз над германската империја. Наполеон ја ликвидирал Светата римска империја на германскиот народ и ја воспоставил својата непосредна доминација над значаен дел од Германија, со анектирањето на левиот брег од реката Рајна. На Регенсбуршкиот државен собор во 1803 година, биле прифатени одлуките за секуларизација на црковните кнежевства и за укинувањето на околу двестотини помали суверени германски области, кои им биле приклучени на Баден, Прусија, Виртемберг и Баварија. Под протекторат на Франција во 1806 година, од некогашното царство истапиле шеснаесет германски кнезови и го основале Рајнскиот сојуз или Рајнската конфедерација (Rheindbund). Се до 1811 година кон Сојузот се приклучиле уште дваесетина региони, па во тие околности уште на 6.08.1806 година, царот Фридрих II абдицирал од престолот, со што и формално се распаднало повеќеветковното Свето Римско Царство на Германскиот Народ.⁶

Како сојузен орган на Рајнскиот сојуз било определено Собранието со седиште во Франфуркт на Мајна, кое било составено од два дома. Во германските земји биле спроведени реформи и во општествено-економското уредување и во државната управа.

² Nikolić. D., Fragmenti pravne istorije – Fragmenta Historiae Iuris, Institut za pravna I društvena istraživanja Pravnog fakulteta, Niš, 1997. стр. 238.

³ Roberts. M. J., History of the World, Penguin Books, 1992. стр. 379.

⁴ Мартичевич. Д. И., Јушков. В. С., Дмитриевскиј. П. Н., Општа историја државе и права, II део, Феудализам, Научна књига, Београд, 1950. стр. 281.

⁵ Povjest svijeta – od pocetka do danas, 2 izdanje, Naprijed, Zagreb, 1990. стр. 583.

⁶ Поповић. М. Драгољуб, Стварање модерне државе, Издавачка агенција „Драганић“, Београд, 1994. стр. 85.

Било укинато кметството и поединечните исклучиви права на феудалците, а било и прогласено слободното изразување на верата. Земјишните сталешки собранија биле распуштени, била подобрена судската организација, при што судството било раздвоено од управата. Во познатата „Битка на народите“ кај Лајпциг, во 1813 година, на Наполеон му се спротивставила Четвртата коалиција во која покрај Велика Британија, Русија и Австрија учествувала и Прусија придружена со неколку германски кнежевства, кои извојувале голем пораз врз Наполеоновата армија, со што бил означен и крајот на Рајнскиот сојуз. Наследството на Наполеоновото владеење со германските земји било воведувањето на администрацијата и финансиите, примената на Францускиот Граѓански законик, укинувањето на кметството и феудалните привилегии.⁷ Но, француската доминација истовремено допринела и за зголемувањето на тежнението кај германскиот народ за конечното национално обединување на Германија.

Германскиот сојуз

По Наполеоновата абдикација во април 1814 година, на 30 мај истата година, бил склучен Парискиот мировен договор.⁸ Со мировниот договор германските земји биле прогласени за самостојни и истите се здружиле во федеративен сојуз. По дефинитивниот пораз на Наполеон, со одлуките донесени на Виенскиот конгрес од 1815 година, 39-те германски суверени кнежевства и четирите автономни градови го создале Германскиот сојуз (Deutscher Bund). Одлуките на Виенскиот конгрес се сметале за основен закон на Германскиот сојуз, а неговото уредување било предвидено со Германските сојузни акти, кои во мал дел биле изменети со Виенските сојузни акти од 1820 година.⁹

Германскиот сојуз бил предвиден како лабав сојуз на држави, но тој по ништо не наликувал на федерација и бил далеку од тоа да ги задоволи оние кои тежнеле кон националното и државното уредување на Германија. Единствениот орган на овој сојуз го сочинувало Сојузното собрание (Bundesversammlung), во кое учествувале ополномоштените претставници на државите - членки, под претседателство на претставникот од Австрија. Седиштето на Собранието се наоѓало во Франкфурт на Мајна. Членовите на Собранието биле само претставници на своите влади и не можеле да делуваат самостојно. Заседанијата на Собранието имале две форми: *Потесниот совет* кој се занимавал со разгледувањето на најважните прашања, како на пример прашањата поврзани со Уставот, понатаму за составот на Сојузот, за започнување на војна и за склучувањето на мир и *Пленумот* кој се занимавал со помалку важните прашања.¹⁰

Внатрешната организација на германските држави мошне се разликувала, но воглавно преовладувале конзервативните општествени односи. Под влијанието на Јулската револуција во Франција во поединечни држави дошло до извесна либерализација и до прогласување на уставни, но и покрај тоа, двете најмоќни држави Австрија и Прусија не станале уставни монархии. Во овој период Прусија станала најсилната држава во Германскиот сојуз, поседувајќи силна воена организација, сложен

⁷ Vasović. Vučina, Savremene demokratije, Tom I, Beograd, 2006. стр. 452.

⁸ Thomson. David, Europe Since Napoleon, Penguin Books, 1984. стр. 93.

⁹ Ibid. стр. 582.

¹⁰ Поповска. Билјана, Историја на правото... (цит. дело). стр. 138.

и централизиран бирократски апарат. Ова довело до сваќањето помеѓу водечките слоеви на германската буржоазија дека токму Прусија е единствената германска држава која би можела да го реализира конечното обединување на Германија, што претставувало помеѓу другото и неопходен услов за понатамошното зголемување на германскиот капиталистички развој.

Револуциите од 1848 година

Февруарската револуција во Франција од 1848 година ја разбранувала и буржоазијата во Германија која поттикната од истата го истакнала барањето за демократските реформи и за националното обединување. Во средината на март 1848 година на улиците во Берлин избила револуционерната сила која го приморала прускиот крал Фридрих Вилхелм IV свечено и јавно да ги вети донесувањето на пишаниот устав, формирањето на националното собрание како и на воведувањето на општото право на глас. Со таа цел бил формиран одбор сочинет од 17 претставници на германските држави кои во април 1848 година му го поднеле на сојузното собрание нацрт-уставот на Германија. Иако овој устав никогаш не бил применет истиот имал голема важност бидејќи им послужил како основа на уставите на Северногерманскиот сојуз и на Германското царство.

И покрај своите почетни успеси, револуцијата од 1848 година не ги дала очекуваните резултати. Причините за тоа можеме да ги наведеме по следниот редослед: прво, револуцијата немала единствена координативна снага, ниту пак харизматична личност која би ја предводела; второ, револуцијата немала ниту јасни цели, ниту систематизиран програм и трето, револуцијата немала доволна тежина со која би успеала да го промени балансот помеѓу главните социјални и политички личности.¹¹

Покрај сето ова, треба да се напомене и дека соодносот помеѓу внатрешните и надворешните сили претставувал силна препрека на патот кон создавањето на германската национална држава. Но и покрај сето тоа, истата имала исклучително значање бидејќи и овозможила на идејата за националното обединување, јасно да се изрази и широко да се распространи.

Прускиот устав

Дел од целите и од значајните вредности кои произлегле од револуционерната 1848 година, го пронашле својот израз во Уставот на германскиот рајх, од 1849 година. Овој Устав претставувал вистинско олицетворение на желбата на германскиот народ, која ја потврдиле избраните делегати кои се состанале на 18 мај 1848 година, во Франкфурт. Уставотворното собрание го прогласило Уставот на Германското царство на 28 април 1849 година.¹² Според овој устав Германското царство станало сојузна уставна монархија, а владетелот ја носел титулата Цар на Германците и неговата титула станала наследна. Царот ги именува министрите кои во негово име ја вршеле власта. Рајхстагот - Собранието се состоело од два дома, државен дом и народен дом. Народниот дом го сочинувале претставниците на германскиот народ, кои се избирале со непосредно гласање. Државниот дом бил составен од претставниците на германските

¹¹ Велс. Ц. Х., Историја света – свакоме јасна историја живота и човечанства, Vukovljak, Београд, 2006. стр. 592 и 593.

¹² Vasović. Vučina, Savremene demokratije... (цит. дело), стр. 588.

земји, од кои половината од нив биле избирани од страна на народните претставништва на тие држави, а другата половина ги именувала владата. Рајхстагот ги донесувал законите, во согласност со царот, но доколку царот не бил согласен, законскиот предлог станувал закон по третата расправа во Рајхстагот.

Било планирано Царот да биде избран на 28 март 1849 година, но кандидатот за цар, прускиот крал Фридрих Вилхелм IV го одбил изборот бидејќи сметал дека уставот е премногу либерален. Понапредниот дел од членовите на парламентот во рамките на т.н. Крњов парламент се преселиле во Штутгарт каде се обиделе без успех да ја прогласат германската република. Во врска со донесувањето на уставот на виделина избиле противречностите помеѓу германските држави. Помалите држави се плашеле од пруската хегемонија, а упорен противник на промените била и Австрија. Од таму германските држави се делеле на две групи: едните сакале во Сојузот да влезат сите германски држави вклучително и Австрија, додека другите го застапувале мислењето за соединувањето без Австрија, со прускиот крал како германски цар.¹³ Пруската влада се обидела да создаде еден потесен сојуз на држави, Германската унија, во рамките на постоечкиот Германски сојуз, но и овој обид не успеал. Австрија како претседавач со Сојузот го свикала во 1850 година пленарното собрание во Франкфурт. Иако во Собранието се собрале претставниците на мал број на држави, таа се прогласила за сојузна со што постоењето на Германскиот сојуз се здобил и со формална потврда.

Поради противречностите околу водечката улога во германскиот свет во повеќе наврати доаѓало до судири помеѓу Австрија и Прусија. Судирот кулминирал со избивањето на австриско-пруската војна во 1866 година, поради прускиот спор со Австрија во врска со Шлезвиг и Холштајн.¹⁴ По поразот на Австрија во битката кај Садова, Германскиот сојуз и официјално престанал да постои. Прускиот канцелар Ото фон Бизмарк успеал во намерата за австриското потиснување од Германија, а северните германски држави под хегемонијата на Прусија, го основале *Северногерманскиот сојуз* (Nord-deutscher Bund). Формалното укинување на дотогашниот Сојуз на германските држави било прогласено на Собранието во Аугсбург во 1867 година. Освен Австрија, надвор од овој Сојуз останале јужните држави Хесен-Дармштат, Баварија, Виртемберг и Баден, на чие приклучување кон сојузот одлучно се спротивставила Франција.¹⁵

Уставот од 1871 година

Уставот на Германското царство бил прогласен на 14 април 1871 година, со што бил и официјално завршен долготрајниот процес на соединување на германските земји под водство на Прусија, а без Австрија. Во Германското царство влегле 22 монархии и три слободни градови, а припоените територии Алзас и Лорен биле прогласени за „Царски земји“.¹⁶

¹³ Хобсбаум. Ерик, Нациите и национализмот, Култура, Скопје, 1993. стр. 148.

(л.з.) „Grossdeutsch или големото - Германско обединување требало да ги обедини сите етнички Германци, вклучително и Австријците; kleindeutsch или малото - Германско обединување ја исклучувало Австрија“.

¹⁴ Историја новог века, II, редакција Тарлеа. В. Ј., Просвета, Београд, 1949. стр. 13.

¹⁵ Историја дипломатије, свеска прва, у редакцији Потемкин. П. В., Државни издавачки завод Југославије, Београд, 1945. стр. 535.

¹⁶ Vasović. Vučina, Savremene demokratije... (цит. дело). стр. 590.

Според Уставот на Германија на чело на државата стоел царот, кој бил истовремено и крал на Прусија. Тој ја имал врховната команда над војската и над флотата. Во уставната формулација „Јас, Вилхелм, германскиот император по Божја волја...“ јасно е изразен изворот на власта и на уставноста. Поредокот востановен во вака конципираната уставна монархија, ја исклучил широката народна легитимност и не претставувал резултат на демократската револуција. Канцеларот на царството бил непосредно одговорен пред Царот и истиот имал огромна власт, посебно голема во случајот додека на канцеларската позиција стоел Ото фон Бизмарк.¹⁷ Германското царство не било во потполна смисла централизирана држава, туку повеќе федерација, поделена на бројни монархии и градови. Според уставот, поголемиот дел од поважните работи им припаѓал на сојузните органи, додека државите членки имале прилично ограничени надлежности. Изразот на партикуларистичките интереси бил содржан во Bundesrat т.е. во Сојузниот совет. Членовите на сојузниот совет биле именувани од страната на владите на посебните држави во нееднаков број. Најголем број на членови имала Прусија која на тој начин ја остварила својата превласт во Царството. Заедно со Рајхстагот, сојузниот совет ги носел законите. Со текот на времето, советот се стекнал со превласт над Рајхстагот, здобивајќи се со широки права во законодавната иницијатива. Според уставот, сојузниот совет имал значително учество и во извршната власт, а работите ги извршувал преку своите комисии. Наспроти сојузниот совет, Рајхстагот имал подредена улога. Изборите за Рајхстагот биле вршени по пат на општото, еднаквото и непосредното избирачко право. Правото на глас им било ускратено и на жените и на мажите помлади од 25 години. Иако било ограничено, општото право на глас имало големо значење за понатамошното политичко созревање и организирање на народот.

Во својата основа, Уставот не ги обезбедувал политичките слободи и права на граѓаните, како што биле правото на здружување, правото на говор и слободата на печатот. Рајхстагот со текот на времето престанал да ја користи законодавната иницијатива и неговата улога во законодавната сфера се свела на одбивањето на согласноста за некој законски предлог од страна на сојузниот совет. Парламентаризмот т.е. контролата на народното претставништво над извршната власт не бил воведен. На челото на извршната власт се наоѓал канцеларот кој бил одговорен само пред царот. Освен него немало други министри, туку била воведена функцијата на државни секретари, како старешини на поедини ресори од државната управа, кои биле непосредно потчинети на канцеларот. Канцеларот ја вршел и функцијата на претседател на сојузниот совет и на шеф на пруската делегација.

Во својата суштина, Уставот на Германското царство, претставувал блага и модифицирана верзија на Уставот на Северно германската федерација од 1867 година, кој бил конципиран и скроен под будното око на Бизмарк.

Во поглед на индустрискиот развој, со продорот на новите технологии, стопанството во Германија започнало да се ориентира кон масовното производство, особено во тешката индустрија. За краток период со својата стопанска сила Германија се нашла на првото место во Европа, а во светски рамки на второто место после САД. Во индустријата започнале да се создаваат монополи и започнало создавањето на

¹⁷ Лово. Филип., Велике савремене демократије, Нови Сад, 1999. стр. 363.

картелите што му овозможило на банкарскиот капитал на крајот од XIX и на почетокот на XX век во германското стопанство да го наметне индустрискиот капитал.¹⁸

Во поглед на надворешната политика Германија ја окарактеризирале агресивноста, експанзионизмот и империјалистичките барања. Германската надворешна политика била усмерена кон остварувањето на хегемонија во Европа со изградувањето на големата „Средна Европа“, преку освојувањето на некои европски територии. Бидејќи подоцна се обединила, таа не поседувала империјални колонии, па постојано ги изложувала барањата за „прераспределба на колонијалниот имот“. Со таа цел под Бизмарковата вешта дипломатска палка во 1873 година бил склучен Троецарскиот сојуз т.е. сојузот помеѓу германскиот, рускиот и австроунгарскиот цар. Како продолжение на оваа политика во 1879 година, Германија склучила воен пакт со Австро-Унгарија, на кој во 1882 година му се приклучила и Италија.¹⁹

На овој троен сојуз на централните сили во 1907 година му се спротивставил сојузот на Антантата сочинет од Велика Британија, Франција и Русија. Причината за конечната пресметка помеѓу овие два политички спротивставени блокови се изнашла со атентатот на австроунгарскиот престолонаследник Франц Фердинанд во 1914 година, во Сараево, со што се довело до започнувањето на Првата светска војна (1914 - 1918 година).²⁰

Германското право

Политичкото неединство на германските земји се огледало и во партикуларизмот на германскиот правен систем. *Gemeines Recht* - општото право кое важело на територијата на целото Германско царство и во чиј што состав влегувале реципираното римско право и општоимпериските закони. Во Германија римското право било реципирано најмногу преку римското граѓанско право, кое го носело името пандектно право.²¹ Но покрај Јустинијановите пандекти, во Германското царство се применувало и целото римско право т.е. *Corpus iuris civilis*.²² Германските правници не го применувале римското право во неговиот изворен облик туку го коментирале и го прилагодувале. Освен правните правила за примена во судската пракса, правниците врз текстовите на римското право ја изградиле и општата теорија на граѓанското право како и на правата воопшто. На овој начин настанал системот на правото кој бил наречен *usus modernus pandectarum* т.е. современото римско право. Во германските држави овој систем на римското право бил применуван супсидијарно или поточно кажано во услови кога во некоја конкретна држава постоел граѓански законик или некој закон, кој го донела таа држава, во тој случај првенство во примената имал домашниот закон, а не пандектното право. Сепак и во тие случаи пандектното право имало големо значење бидејќи истото служело за пополнување на празнините во локалниот закон. При донесувањето на првите кодификации на граѓанското право, пандектното право го

¹⁸ Kennedy. Paul., *The Rise and Fall of the Great Powers – Economic change and Military conflict from 1500 to 2000*, Fontana Press, London, 1988. стр. 190.

¹⁹ Kisindžer, Henri, *Diplomatija I*, VERZALpress, Beograd, 1999. стр. 120.

²⁰ Василевска. Д. Иванка, *Версајскиот систем од 1919 година*, РесПублика, Скопје, 2016. стр. 73.

²¹ (л.з.) Од *Pandekta*, грчкиот назив за *Digesta*.

²² Пухан. Иво, Поленак-Аќимовска, Мирјана, Бучковски, Владо, Наумовски, Гоце, *Римско право*, Скопје, 2014. стр. 71.

сочинувало нивниот значаен дел.²³ Во текот на XVIII век се случиле бројни кодификации на правото во германските држави. Од нив како поважни можеме да ги споменеме: Пруското „Општо земјино право за пруските држави“ од 1794 година, Австрискиот Општо граѓански законик од 1811 година, баварските кодификации: *Codex iuris bavarici criminalis* - „Баварскиот кривичен законик“ од 1750 година и *Codex iuris bavarici iudiciarii* - „Баварскиот законик за судската постапка“ од 1753 година, Саксонскиот граѓански законик од 1863 година, а во времето на постоењето на Рајнскиот сојуз во германските земји била применувана големата француска кодификација, донесена од Наполеон Бонапарта.²⁴

По обединувањето во 1871 година било повторно актуелизирано прашањето за донесувањето на општоважечкиот граѓански законик, а работата на истиот започнала во 1874 година. Првобитниот проект бил оценет како неприфатлив, па по неколку измени и дополнувања бил објавен во 1895 година, а стапил на сила дури во 1900 година.

Во исто време со стапувањето на сила на Германскиот граѓански законик, стапил во сила и *Законот за трговија* кој всушност претставувал преработка на законот од 1861 година.²⁵ Законот за трговија бил сметан како дополнение на Граѓанскиот законик и ги регулирал правниот режим на трговијата, положбата на трговците и трговските здруженија, командните и акционерските друштва. Овој закон ги содржел правилата за трговската соработка т.е. за купопродажбата, налогодавството, договорот за експедиција и т.н. Бидејќи сеуште не постоело општогерманското регулирање на купопродажбата, со овој закон биле поставени и некои правила кои задрале во генералното правно работење. Трговскиот закон ги одржувал границите на периодот на слободниот капитализам, а државата генерално не се мешала во трговските односи. Самото создавање на општогерманското трговско право било знак дека интересите на крупната буржоазија во овој период се здобиле со значајно влијание врз државниот апарат.

Кривичното право - Како и граѓанското и кривичното право во Германија било партикуларно иако и тоа во текот на XVIII век започнало да се воедначува.²⁶ Германскиот сојуз се до 1871 година не успеал да создаде единствено законодавство од областа на кривичното право и кривичната постапка. Во текот на XIX век како позначајни кривични законици можеме да ги издвоиме: Баварскиот кривичен законик од 1813 година, кој бил креиран од страната на најголемиот кривичар на своето време Анселмо Фоербах, а со видно влијание на францускиот Кривичен законик од 1810 година и Прускиот кривичен законик од 1851 година, кој подоцна бил воведен и во некои други германски држави.

Единствениот германски Кривичен законик бил донесен во 1871 година, непосредно по обединувањето. Неговите основни карактеристики биле конзервативизмот, заостанатите феудални сфаќања, строгата заштита на авторитетите на државата, бирократијата, приватната сопственост и суровиот систем на казни.

²³ Мартисевич. Д. И., Јушков. В. С., Дмитриевскиј. П. Н.,... (цит. дело). стр. 288.

²⁴ Поповска. Билјана, Историја на правото... (цит. дело). стр. 145.

²⁵ Ibid. стр. 146.

²⁶ Ibid. стр. 290, 291...

Кривичната постапка била регулирана со донесувањето на посебниот законик од 1877 година.

Германскиот граѓански законик

Со стекнувањето на државното и на политичкото единство на Германија идејата за кодификацијата на правото станала актуелна со цел обединета Германија да го зајакне правното единство и да донесе граѓански законик кој требало да важи за целата земја. Основниот извор на германскиот граѓански законик било римското право, онакво какво што се развило во Италија во средниот век и во Германија на почетокот на XVI век, а истото се усовршило во текот на XIX век и било познато како „Општо Германско право“. Влијанието на германското право било скромно и се огледало во еден број на правила кои биле превземени од Прускиот Landrecht, додека пак еден мал број бил превземен од Австрискиот граѓански законик.²⁷ Додека творците на Францускиот граѓански законик оделе кон целта да создадат едно практично дело, Германскиот граѓански законик бил изработен со претензиите истиот да претставува вистинско научно дело.

Во таа насока, прашањето за унификацијата на граѓанското право претставувало исклучително комплицирана ситуација и борбата за изработувањето на единствениот граѓански законик се протегнала низ годините. По неуспехот на првиот проект започнат во 1874 година, во 1890 година била формирана нова комисија која во првичниот проект внела големи измени, кои во еден дел имале за цел да се оддалечат од позициите на пандектното право. Во 1895 година работата на комисијата биле завршена и вториот проект бил публикуван. По поднесувањето на истиот пред претставниците на Рајхстагот и во сојузното собрание, биле внесени некои дополнителни промени, воглавно на барање на католичкиот центар и на 18 август 1896 година граѓанскиот проект бил усвоен. Поради потребата за неговото усогласување со законодавствата на посебните германски држави, неговото стапување во сила било одложено до 1 јануари 1900 година. На овој начин Германија го добила својот унифициран граѓански законик, а истовремено го завршила и повеќеветковното применување на пандектното право.

Голем дел од Законикот е посветен на облигационото право. Во него посебно се регулирани општите поими на облигационото право, како и многубројните видови на договори. Во поглед на регулирањето на сопственоста, Законикот е сличен со другите граѓански законици, а особено со францускиот. Творците на законикот биле инспирирани од идејата дека законодавецот треба да го формулира правото на еден целосен начин и да ги уреди сите можни случаи до детали. Законикот бил пишуван со обилна употреба на стручната правничка терминологија, при што се постигнала максималната прецизност на текстот, па резултатот бил условен со тешко разбирливиот текст, без очекуваната убавина и елеганција.

Во социјална смисла германскиот граѓански законик се одликувал со индивидуализмот и либерализмот кој преоѓал во конзервативизам. Германскиот законодавец ги имал во предвид приближно еднаквите економски моќи и влијанија, а речиси потполно ги игнорирал социјалните нееднаквости и тешките животни и работни услови на работниците и селаните на крајот од XIX век.

²⁷ Nikolić. D., Fragmenti pravne istorije... (цит. дело). стр. 247.

Влијанието кое овој законик го извршило во другите земји е значајно поскромно од она кое го имал Францускиот граѓански законик. Под неговото поголемо или помало влијание биле работени новелите на Австрискиот граѓански законик, потоа Швајцарскиот граѓански законик од 1907 година како и Полскиот законик за облигации од 1933 година.²⁸

Судската организација и граѓанската постапка

Во 1877 година бил донесен Законот за организација на судовите - Gerichtsverfassungsgesetz, кој ги содржел правилата за организацијата на кривичните и граѓанските судови и кој претставувал една од мерките кои ги превземал Бизмарк веднаш по обединувањето на Германија со цел да ја зајакне државата.

Судските инстанци биле поделени на: спрскиот суд - Amtsgericht, кој бил надлежен за помалите граѓански спорови, понатаму за поважните спорови бил надлежен земскиот или првостепениот суд - Landesgericht и како трет бил апелациониот или Виш земски суд - Oberlandsgericht. Највисокиот и општо важечки за цела Германија претставувал Царскиот суд - Reichsgericht, кој претставувал касациона инстанца и неговите решенија за пониските судови имале првостепено значење.²⁹

Истата година бил донесен и мошне значајниот *Граѓанско-процесен законик* - Zivilprozessordnung, ZPO, кој претставувал мошне обемен законодавен акт кој се состоел од десет книги и содржел 1048 члена. Овој законик го изразуval ставот на буржоазијата во областа на граѓанската постапка. Судот немал иницијатива во поглед на собирањето на материјалите и на истражувањето на взаемните односи помеѓу парничарите. Неговата улога се состоела во примањето и во оценувањето на материјалот кој го поднесувале странките. Самата конструкција на Германскиот граѓанско-процесен законик била мошне едноставна, што во позитивна смисла се разликува од архаизмот и од сложеноста на тогашната француска постапка.

Кривичниот законик од 1871 година

Обединувањето на германската држава ја предизвикало потребата од создавањето и на единствениот кривичен законик. Со таа цел во 1871 година бил создаден Кривичниот законик, кој формално останал во сила и во времето на фашистичкиот режим. Законикот ги одразил политичките и стопанските карактеристики на новообединетата држава. Овој законик ги задоволувал потребите на пруското јункерство - буржоаскиот и феудален карактер на земјата, полуапсолутистичкиот систем на управата и бирократскиот воен деспотизам.

Главните карактеристики на Законикот биле: заштитата на приватната сопственост во сите нејзини форми, развиената класификација на кривичните дела против државата и суровиот систем на казни (кој ги опфаќал доживотната робија и смртната казна).³⁰

Најреакционерниот закон кој бил донесен во оваа сфера бил *Законот за социјалистите*. Овој закон бил донесен во 1878 година и бил во сила до 1890 година. Истиот го предвидувал правото на прогонство по административен пат на сомнителните

²⁸ Ibid. стр. 149.

²⁹ Ibid. стр. 150.

³⁰ Ibid. стр. 151.

лица, понатаму со него биле забранети социјалистичките организации од било кој вид, мислењата во печатот кои ја одразувале социјалистичката пропаганда.

Првата светска војна и крајот на Германското царство

На крајот од XIX и на самиот почеток од XX век, зајакнатата германска држава и зголемениот индустриски капитал кој го поседувала, го условиле барањето за добивање на „своето место под сонцето“, во империјалистичката светска политика, кое ги надминувало рамките на нејзините државни граници. Во време кога колонијалната политика на големите и моќни држави воглавно ги запоседнале изворите и средиштата над империјалните поседи во Африка и во Азија, задоцнетото раѓање на оваа гигантска држава го проблематизирало соодносот на силите во Европа и воопшто во светот.³¹

Уште на самиот крај од XIX век, Германија се концентрирала на Блискиот и на Средниот исток, на Пацификот и на северна Африка. Од своја страна, членовите на пангерманската лига сонувале за средна Европа во која би доминирала Германија и која би ги опфатила земјите на Бенелукс, Полска, Унгарија, Австрија, Србија, Романија и дел од Швајцарија. Овој проект бил поддржан од страната на сите германски политички партии во 1914 година, со некои мали и незначителни исклучоци. Оттаму, војната била прогласена во согласност со членот 68 од Уставот на Германското царство, а центарот на политичкото одлучување во Германија, бил директно во рацете на армиската висока команда предводена од Паул фон Хинденбург и Ерих Лудендорф.³²

Ваквиот развој на настаните и под цврстата армиската диктатура ја повела земјата во светската војна и од неа се вратила поразена. По ова започнала новата ера на политичкиот и на државниот развој на Германија, доделен во рацете на Версајскиот поредок и соочен со темелната и брзопотезна демократска преобразба.

Библиографија

- Kelly. M. J., *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
Kennedy. Paul., *The Rise and Fall of the Great Powers – Economic change and Military conflict from 1500 to 2000*, Fontana Press, London, 1988.
Kisindžer, Henri, *Diplomatija I*, VERZALpress, Beograd, 1999.
Nikolić. D., *Fragmenti pravne istorije – Fragmenta Historiae Iuris*, Institut za pravna I društvena istraživanja Pravnog fakulteta, Niš, 1997.
Povjest svijeta – od pocetka do danas, 2 izdanje, Naprijed, Zagreb, 1990.
Roberts. M. J., *History of the World*, Penguin Books, 1992.
Thomson. David., *Europe Since Napoleon*, Penguin Books, 1984.
Vasović. Vučina, *Savremene demokratije*, Tom I, Beograd, 2006.
Василевска. Д. Иванка, *Версајскиот систем од 1919 година*, РесПублика, Скопје, 2016.
Велс. Џ. Х., *Историја света – свакоме јасна историја живота и човечанства*, Vukovljak, Београд, 2006.
Историја дипломатије, свеска прва, у редакцији Потемкин. П. В., Државни издавачки завод Југославије, Београд, 1945.
Историја новог века, II, редакција Тарлеа. В. Ј., Просвета, Београд, 1949.

³¹ Хобсбаум. Ерик, *Нациите и...* (цит. дело). стр. 188.

³² Kelly. M. J., *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994. стр. 348.

- Лово. Филип., Велике савремене демократије, Нови Сад, 1999.
- Мартисевич. Д. И., Јушков. В. С., Дмитриевскиј. П. Н., Општа историја државе и права, II део, Феудализам, Научна књига, Београд, 1950.
- Поповић. М. Драгољуб, Стварање модерне државе, Издавачка агенција „Драганић“, Београд, 1994.
- Поповска. Билјана, Историја на правото, III, Скопје, 2011.
- Пухан. Иво, Поленак-Акимовска, Мирјана, Бучковски, Владо, Наумовски, Гоце, Римско право, Скопје, 2014.
- Хобсбаум. Ерик, Нациите и национализмот, Култура, Скопје, 1993.

ЕВРОПСКИОТ НАЛОГ ЗА АПСЕЊЕ И ЗАШТИТАТА НА ФУНДАМЕНТАЛНИТЕ ПРАВА: ПОЗНАТАТА ПРЕСУДА ВО СЛУЧАЈОТ ARANYOSI AND CALDARARU

Ивица Јосифовиќ

Вонреден професор

Правен факултет, Универзитет Гоце Делчев – Штип

ivica.josifovik@ugd.edu.mk

Апстракт

Уште од усвојувањето, Рамковната одлука за Европскиот налог за апсење (РОЕНА) е контроверзна, како што извршувањето на Европскиот налог за апсење (ЕНА), согласно принципот на заемно признавање, може да биде во судир со основните човекови права. Се претпоставува дека националните власти на државите-членки на Европската унија (ЕУ) се усогласуваат со правото на правично судење и другите основни права. Како и да е, во пракса оваа претпоставка не е секогаш точна. Исто така, системот на ЕНА предизвика дебати околу недостатокот од доволна заштита на човековите права. Судот на правдата на ЕУ (СПЕУ) не е особено чувствителен околу критиките и бил повеќе загрижен за ефективноста на системот на ЕНА во целина, додека институциите на ЕУ беа целосно свесни при создавањето на системот на ЕНА и го игнорираа прашањето за основните права. РОЕНА содржи одредби за заштита на процедуралните права, но институциите на ЕУ одлучија дека не сите прекршувања на основните права може да бидат основ за неизвршување на ЕНА. Трудот ги претставува личните ставови во однос на ЕНА преку познатата Aranyosi and Caldaru пресуда која упатува на позитивен тренд. По оваа пресуда, СПЕУ започна да дава поголемо значење на човековите права. Пресудата објаснува како СПЕУ различни одредби на РОЕНА и дали и во колкав опсег националните судови ја користат постапката за претходно одлучување во однос на мерките на кривичното право vis-à-vis заштитата на основните права.

Клучни зборови: *Европски налог за апсење, постапка на претходно одлучување, Суд на правда, основни права*

THE EUROPEAN ARREST WARRANT AND THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE FAMOUS JUDGMENT IN *ARANYOSI AND CALDARARU CASE*

Ivica Josifovic

Associate Professor

Faculty of Law, University of Goce Delcev – Stip

ivica.josifovik@ugd.edu.mk

Abstract

Since its adoption, the Framework Decision on European Arrest Warrant (FDEAW) is controversial, as the execution of the European Arrest Warrant (EAW) according the mutual recognition principle could be in conflict with the fundamental rights of the concerned person. It is assumed that the national authorities of member-states of the European Union (EU) comply with the right of fair trial and other fundamental rights. However, in practice this assumption does not necessary holds true. Also, the EAW system triggered debates regarding its lack of sufficient protection for human rights. The Court of Justice of the EU (CJEU) did not seem particularly sensitive to the criticism and was more worried about the effectiveness of the EAW system as a whole, while the EU institutions were completely aware when the EAW system was created and ignored the issue of fundamental rights protection. The FDEAW contains provisions for protection of procedural rights and the right of fair trial, but EU institutions decided that not all violations on fundamental rights may justify the non-execution of EAW. The paper presents personal views regarding the EAW through the famous *Aranyosi and Caldaru* case that reveal an upward trend. After this judgment, the CJEU gives more significance to human rights. It explains how the CJEU constructed different FDEAW provisions and whether and to what extent national courts used the preliminary ruling procedure regarding criminal law measures vis-à-vis protection of fundamental rights.

Key words: *European Arrest Warrant, preliminary ruling procedure, Court of Justice, fundamental rights*

Вовед

Во изминативе години, значително се зголеми бројот на постапки по претходно одлучување пред Судот на правдата на Европската унија (СПЕУ) во поглед на мерките од областа на крвичното право. Тоа не е за изненадување и може да се објасни со фактот дека надлежностите на СПЕУ од ноември 2014 година да одлучува во постапки по претходно одлучување од областа на крвичното право веќе не е предмет на претходно прифаќање од државите-членки. Во принцип, сите национални судови сега имаат слобода да се обраќаат до СПЕУ и да добијат појаснување за значењето и валидноста на мерките од крвичното право на ниво на ЕУ.

Повеќето од упатувањата доставени од националните судови до СПЕУ се однесуваат на Рамковната одлука за Европскиот налог за апсење (РОЕНА),¹ која го замени класичниот систем на екстрадиција со поедноставена процедура насочена кон забрзување на предавањето на обвинетото или осудено лице од една во друга држава-членка, според принципот на заемно признавање. Основата на РОЕНА е едноставна: Европскиот налог за апсење (ЕНА) издаден од една држава-членка мора да се изврши во друга држава-членка мора да се изврши во друга држава-членка, освен доколку РОЕНА дозволува или овозможува неизвршување.

Уште од нејзиното основање, РОЕНА е контроверзна, како што извршувањето на ЕНА според принципот на заемно признавање може да биде во конфликт со основните човекови права на засегнатото лице. Се претпоставува дека националните власти на другата држава-членка се во согласност со правото на правично судење и другите основни права. Како и да е, во пракса, оваа претпоставка не мора секогаш да биде и точна.

Институциите на ЕУ беа целосно свесни при создавање на ЕНА системот и го игнорираа прашањето на заштита на човековите права. РОЕНА содржи одредби за заштита на процедуралните права и правото на правично судење, потенцирајќи дека „нема да има ефект на менување на обврската за почитување на основните права“.² Како и да е, институциите на ЕУ одлучија дека не сите повреди на основните права може да го оправда неизвршувањето на ЕНА. Повредата на општата заложба за почитување на (другите) основни права не било признаено како посебен основ за неизвршување. Со други зборови, институциите на ЕУ не ги почитуваа сите основни права како предуслов за законска употреба на системот на ЕНА.

Во Унија со сопствена Повелба за основните права (ПОП) и очекувања дека нејзините институции и држави-членки ќе ги почитуваат цитираните права, ова не е непроблематично. Како што заштитата на основните права е меѓу клучните задачи, за очекување е дека СПЕУ внимателно ќе испитува дали РОЕНА и националните одлуки за издавање и извршување на ЕНА, се во согласност со основните права. Како и да е, во првите години на РОЕНА, СПЕУ не покажа волја и бил посебно внимателен да не ја поткопа ефективностa на системот на ЕНА.

1. ЕНА и повреда на фундаменталните права (случајот *Aranyosi and Caldaru*)

ЕНА се однесува на дела за кои е пропишана казна затвор над една година или осуди на казна затвор над четири месеци или наредба за притвор над четири месеци. Основно, ЕНА ги обврзува државите-членки да ги предадат своите државјани и да ја укинат двојната инкриминација за листа на 32 тешки кривични дела.³ Одлуката на судот со која се наредува лишување од слобода и враќање на лицето заради водење на казнена

¹ Council Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, OJ L 190/1, 13 June 2002, as amended by Council Framework Decision 2009/299/JHA amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principle of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial, OJ L 81/24, 26 February 2009.

² Член 1, став 3 од РОЕНА.

³ Член 2, став 2 од РОЕНА.

постапка, извршување на казна затвор или ставање во притвор се извршува без одлагање од судот на државата во која лицето се наоѓа најдоцна во рок од 90 дена.⁴ Но, мошне битно е дека со прифаќањето на овој инструмент доаѓа до отстапување и на еден друг владеечки принцип на екстрадиционото право – забраната на израчување на домашните државјани.

Сепак, РОЕНА не предвидува апсолутно заемно признавање, туку обезбедува серија на исцрпно наведени задолжителни и изборни основи за неизвршување. Накратко, задолжителните основи за неизвршување на ЕНА се однесуваат на дела кои се поврзани со амнестија; за лица кои служат или веќе издржале казна затвор за истото дело; или лица кои не можат да бидат кривично одговорни поради нивната возраст – малолетни лица.⁵ Изборните основи за неизвршување се однесуваат на: акти кои не претставуваат кривично дело според правото на државата-извршител; лицето кое е предмет на ЕНА се гони за истото дело во државата-извршител; судските власти на државата-извршител одлучиле или да не го гонат лицето за делото на кое се заснова ЕНА или да ја прекинат постапката или кога е донесена конечна пресуда за бараното лице во држава-членка; кривичното гонење или казна забрането според законодавството на државата-извршител и актите потпаѓаат под јурисдикција на таа држава-членка според нејзиното кривично законодавство; извршниот судски орган е информиран дека бараното лице е конечно осудено од трета држава; ЕНА е издадено за целите на извршување затворска казна или притвор, кога бараното лице престојува или е државјанин или резидент во државата-извршител, а таа држава-членка извршител се обврзала да ја изврши казната или притворот; ЕНА се однесува на кривични дела кои според законодавството на државата-членка извршител се сметаат за сторени на нејзина територија или биле извршени надвор од територијата државата-членка издавач, а законодавството на државата-членка извршител не дозволува гонење за исто кривично дело кога е сторено надвор од нејзината територија.⁶

Произлегува дека основите за неизвршување во РОЕНА не ги покриваат сите повреди на фундаменталните права. Дали ова имплицира дека државите-членки мора да го извршат ЕНА дури и кога е јасно дека бараното лице, по предавањето, може да се соочи со такви повреди? За креаторите на РОЕНА одговорот би бил: да. Тие не се целосно во согласност со фундаменталните права – *sine qua non* за примена на системот на ЕНА.

Првенствено, СПЕУ го имал истиот одговор. Потврди дека извршувањето на ЕНА може да биде одбиено само на основите наведени во РОЕНА. Уште повеќе, СПЕУ тврдел дека повредата на фундаменталните права признаени со Правото на ЕУ, но кои не се вклучени во РОЕНА, не може да го оправдаат неизвршувањето. Истото е точно за фундаменталните права гарантирани со националното право, но кои не се стипулирани во текстот на РОЕНА.⁷

⁴ Член 17, ставови 1-3 од РОЕНА.

⁵ Член 3 од РОЕНА.

⁶ Член 4 од РОЕНА; како дополнување, РОЕНА признава дека извршувањето може да биде предмет на одредени услови, член 5 од РОЕНА.

⁷ Повеќе за ова, види: Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-396/11 *Curtea de Apel Constanța v. Ciprian Vasile Radu*, 29 January 2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0396&from=EN>; Court of Justice, Judgment of the Court,

Како и да е, одлучувањето во случајот *N.S.* за правото на азил и Мислењето 2/13 за пристапувањето на ЕУ кон Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП) сугерира промена во пристапот на СПЕУ *vis-à-vis* заемната доверба и признавањето. Без да се навлегува во детали и да се фокусираме на студијата на случајот, во случајот *N.S.* за правото на азил, СПЕУ држел дека националните судови не смеат да пренесат барател на азил на „одговорна држава-членка“, каде што „не можат да бидат свесни дека систематските недостатоци во постапката за азил и во условите за прием на баратели на азил во таа држава-членка претставуваа значителни причини за верување дека барателот на право на азил ќе се соочи со вистински ризик да биде подложен на нечовечно или понижувачко постапување“.⁸ Во Мислењето 2/13, СПЕУ потврди дека државите-членки мора да претпостават дека другите држави-членки се повинуваат на фундаменталните права на ЕУ и тие не можат, освен во исклучителни случаи, да проверат дали другата држава-членка, во конкретен случај, ги почитувала фундаменталните права гарантирани од ЕУ.⁹ Дали ова имплицира дека СПЕУ е подготвен да прифати дека повредата на фундаменталните права може, во исклучителни околности, да биде дополнителен и напишан основ за неизвршување на ЕНА? Ова било клучното прашање поднесено до СПЕУ во случајот *Aranyosi and Caldaru*.¹⁰

2. Пресудата на Судот на правдата на Европската унија

Во пресудата по случајот *Aranyosi and Caldaru* од 5 април 2016 година,¹¹ Судот, заседавајќи во Голем совет,¹² одлучувал – во итна постапка по претходно

Case C-399/11 Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal, 26 February 2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0399&from=en>.

⁸ Види: Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-411/10 and C-493/10 *N.S. v. Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others v. Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 21 December 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0411&from=EN>.

⁹ Види: Court of Justice, Opinion 2/13 of the Court on the Accession of the EU to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 18 December 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013C V0002&from=EN>.

¹⁰ Пред случајот *Aranyosi and Caldaru*, СПЕУ успеа да избегне решавање на прашањето во случајот *Radu*. Во случајот, апликантот се противел на предавањето аргументирајќи дека не бил сослужан пред издавањето на ЕНА. Надлежниот национален суд го запрашал СПЕУ дали извршниот судски орган може да одбие извршување во случај на повреда на фундаменталните права на засегнатото лице наведени во ПОП. Како и да е, Судот се ограничи себеси во справување со прекршувањето на правото да се биде сослушан. Како што РОЕАН не препознава повреда на ова право како основ за неизвршување, СПЕУ побара извршување на ЕНА. За СПЕУ секој друг заклучок неизбежно би водел кон неуспех на ЕНА системот. Види: Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-396/11 *Curtea de Apel Constanța v. Ciprian Vasile Radu*.

¹¹ Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-404/15 and C-659/15 *PPU Pal Aranyosi and Robert Caldaru*, 5 April 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0404&from=EN>.

¹² Според внатрешната организација, СПЕУ е поделен на Совети и секој Совет има претседател, именуван на една година. Судот заседава на пленарни седници или во полн состав во ситуации кога за секој предмет поединечно се именува судија известител за самиот предмет кој доставува образложение со кое упатува за тежината на самиот предмет. Доколку судијата известител смета дека се работи за предмет од сериозна природа, тогаш тој на судните им предлага предметот да се додели на Големниот совет од 15 судии. Во спротивно, доколку судијата известител смета дека предметот не е од особена важност или значење во примената и толкувањето на правото, тој може да предложи предметот да

одлучување¹³ – за можноста од одбивање да се изврши Европски налог за апсење доколку постои реален ризик за нечовечко или понижувачко постапување поради условите за притвор во држава-членка каде е издаден налогот за апсење. *Aranyosi* се однесува на ЕНА издаден во Унгарија барајќи предавање на романски државјанин обвинет за насилно влегување во куќа и кражба. Во *Caldararu*, романскиот суд издаде ЕНА за романски државјанин обвинет за возење без возачка дозвола. И двајцата, *Aranyosi* и *Caldararu* биле уапсени во Германија и во двата случаи извршниот орган имал двоумења дали ЕНА треба да бидат извршени. По добивањето на барањата за извршување на ЕНА од судовите на Унгарија и Романија, германскиот извршен орган утврдил дека условите за притвор на кои можеле да бидат подложни засегнатите лица во затворите на овие две држави-членки ги прекршува нивните фундаментални права, осовено членот 4 од ПОП кој забранува нечовечко или постапување или казнување.¹⁴ Во таа насока, германскиот извршен орган особено се осврнал на неколку одлуки на Европскиот суд за човекови права (ЕКЧП) во кои е потврдено дека Романија и Унгарија ги прекршуваат основните човекови права како резултат на пренатрупноста во нивните затвори.¹⁵ Германскиот суд се обратил до СПЕУ во постапка по претходно одлучување за да добие насоки како дапродолжи со случајот.

Најпрво, СПЕУ ја потврди основата на ЕНА системот дека извршните судски органи мора да ги извршуваат ЕНА, освен во случаи на експлицитно признавање на условите за неизвршување. Како и да е, цитирајќи го мислењето 2/13 и индиректно повикувајќи се на одлуката во случајот *N.S.* кој се однесува на Даблин системот за азил,¹⁶ СПЕУ всушност призна дека во „исклучителни околности“ може да се направат ограничувања во заемното признавање и заемната доверба.¹⁷

Понатаму, Судот упати дека забраната за нечовечко или понижувачко постапување или казнување, како што е утврдено во членот 4 од ПОП, е апсолутна забрана која е тесно поврзана со почитувањето на човековото достоинство како што е

се додели на некои од Судските совети од 3 или 5 члена. Од друга страна, Судот заседава пред Големиот совет, што е обврзувачко кога тоа го бара државата-членка или институција на ЕУ која ја покренува постапката.

¹³ Според член 107 од Деловникот за работа на Судот на Правдата на Европската унија, итна постапка по претходно одлучување се покренува за едно или повеќе прашања кои се однесуваат на областа покриена со Поглавје 5 од Договорот за функционирање на Европската унија – Област на слобода, безбедност и правда, на барање на упатувачкиот суд или трибунал или на барање на самиот Суд. Види: Court of Justice, Rules of Procedure of the Court of Justice of 25 September 2012, OJ L 265, 29 September 2012, as amended on 18 June 2013, OJ L 173, 26 June 2013 and on 19 July 2016, OJ L 217, 12 August 2016.

¹⁴ Види: Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26 October 2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>

¹⁵ Повеќе за овие пресуди: European Court for Human Rights, Judgment of the Court, *Varga and Others v. Hungary*, Application No 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 and 64586/13, 10 March 2015; European Court for Human Rights, Judgment of the Court, *Vociu v. Romania*, Application No. 22015/10, 10 June 2014.

¹⁶ Подетално: European Parliament, Council of the EU, Regulation 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), OJ L 180, 29 June 2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604&from=en>.

¹⁷ Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU *Pal Aranyosi and Robert Caldaru* ..., op. cit., paragraph 82.

наведено во членот 1 од ПОП.¹⁸ Според тоа, кога органот одговорен а извршување на налогот има во свое поседување доказ за реален ризик од такво постапување против притвореното лице во државата-членка издавач, мора да го процени таквиот ризик пред да донесе одлука за предавање на засегнатото лице. Извршувањето на ЕНА не смее да придонесе индивидуата да страда од нечовечко или понижувачко постапување.¹⁹

Во утврдувањето на таквиот ризик, СПЕУ побара од извршниот судски орган да се вклучи во анализа од два чекори. Првиот чекор се однесува на проценување на општите услови за притвор во државата-членка издавач. Извршниот судски орган мора да се потпира на „информација која е објективна, веродостојна, конкретна и соодветно ажурирана“ за условите за притвор со цел да потврди дали постојат недостатоци, кои може да бидат системски или општи, или да влијаат на одредена група на луѓе или пак да влијае на одредени места на притвор. Таквата информација може да се добие од пресуди на ЕСЧП, пресуди од судовите на државата-членка издавач, како и од одлуки, извештаи и документи изготвени од телата на Советот на Европа или кои потекнуваат од системот на ОН.²⁰

Доколку извршниот судски орган заклучи дека постојат системски или општи недостатоци, мора да продолжи со вториот чекор, кој предвидува проценување на ризикот дека бараното лице може да биде изложено на нечовечко или понижувачко постапување. Онаму каде што таквиот ризик произлегува од општите услови за притвор во засегнатата држава-членка, идентификацијата на таквиот ризик не може, само по себе, да води кон тоа извршувањето на налогот да биде одбиено.²¹ Извршниот орган мора да направи специфична и точна проценка за тоа дали постојат значителни основи за да верува дека засегнатата индивидуа всушност ќе биде изложено на таков ризик поради условите во кои е предвидено дека ќе биде задржан во државата-членка издавач.²² За таа цел, извршниот орган мора да побара од органот на издавање да ги обезбеди, како прашање на интост, сите потребни информации за условите на притворот во државата-членка издавач.²³ Доколку, во светло на обезбедените информации или било кои други достапни информации, извршниот орган утврди дека, за индивидуата која е предмет на налогот, постои реален ризик од нечовечко или понижувачко постапување, извршувањето на налогот мора да биде одложено се до обезбедување на дополнителни информации врз основ на кои таквиот ризик може да се намали. Ако постоењето на таков ризик не може да е намали за разумен период, извршниот орган мора да одлучи дали да ја заврши постапка за предавање на засегнатото лице.²⁴

Пресудата по случајот *Aranyosi and Caldaru* е доста важна: повредата на право од ПОП, само по себе, може да биде основ за одложување, па дури и конешно неизвршување на ЕНА. Како дополнување на оние предвидени и признаени права според Правото на ЕУ, постојат ситуации во кои заштитата на фундаменталните права мора да надвлее во однос на целите на борбата против криминалот и да обезбеди брзо предавање на обвинетото или осудено лице. Заемната доверба не предвидува слепа

¹⁸ Ibid, paragraph 85.

¹⁹ Ibid, paragraph 88.

²⁰ Ibid, paragraph 89.

²¹ Ibid, paragraph 91.

²² Ibid, paragraph 92.

²³ Ibid, paragraph 95.

²⁴ Ibid, paragraph 104.

доверба. Во исто време, јасно е дека пресудата по случајот *Aranyosi and Caldaru* не може да се чита како да има воведено клаузула за општи фундаментални права, забранувајќи извршување и предавање секогаш кога постои повреда во државата-членка извршител. Обемот на правилото за разумно исклучување воведено со случајот *Aranyosi and Caldaru* е ограничено, иако неговите прецизни контури не се целосно јасни.

СПЕУ само ја изрази забраната за нечовечко и понижувачко однесување кое, како што е нагласено, е апсолутно и во тесна врска со човековото достоинство. Ова сугерира дека повредата само на ова право, најверојатно и на некои други апсолутни права, може да го оправда неизвршувањето на ЕНА. Сепак, не може да се исклучи дека повредата на неапсолутните права, како што е правото на семеен живот, правото на децата или правото на правично судење, исто така може да го оправдаат неизвршувањето на ЕНА. Интензитетот и сериозноста на повредата играат важна улога.²⁵

Понатаму, СПЕУ дозволува одложување на извршувањето на ЕНА само кога постои доказ „за реален ризик од нечовечко и понижувачко постапување кон индивидуи кои се притворени во државата-членка издавач, имајќи ги во предвид стандардите за заштита на фундаменталните права гарантирани со Правото на ЕУ“.²⁶ Прво, може да се заклучи дека само состојбата со фундаменталните права во државата-членка издавач е релевантна, а не, како што Генералниот адвокат сугерирал во своето мислење, природата на кривичното дело за кое бараното лице е обвинето за негово сторување или за кое веќе е осудено.²⁷ Ако ваквото читање на случајот *Aranyosi and Caldaru* е точно, заклучокот е дека не само лице кое е виновно за возење без возачка дозвола, туку и осуден терорист може да биде предмет на нечовечко и понижувачко постапување и со право да се спротивстави на предавањето. Второ, од пресудата следува дека без разлика дали постои ризик од нечовечко и понижувачко постапување, тоа мора да се процени на основ на ЕУ стандардите, а не на основ на националните уставни стандарди применливи во државата-членка издавач и во државата-членка извршител.²⁸

Покрај тоа, барањата на СПЕУ од судските власти во државата-членка извршител, прво да ги проценат општите услови за притвор во државата-членка издавач, а потоа да проценат дали засегнатото лице би било во ризик да биде изложено на нечовечко и понижувачко постапување. Затоа, фокусот мора да се стави на индивидуата и ризикот со кој може да се соочи. Не е јасно дали првиот чекор од анализата мора секогаш да се следи. Со други зборови, ако извршниот судски орган не нејаде доказ за општа или системска повреда на фундаменталните права во државата-членка издавач. Дали тоа имплицира дека може, не може или мора да ја запре анализата и да заклучи дека засегнатото лице нема да биде предмет на нечовечко и понижувачко постапување.

²⁵ Prechal, S., *Mutual trust before the Court of Justice of the European Union*, European Papers Vol. 2, 2017, pp. 75-92.

²⁶ Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU Pal Aranyosi and Robert Caldaru ..., Ibid.

²⁷ Court of Justice, Opinion of Advocate General Bot in Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU Pal Aranyosi and Robert Caldaru, 3 March 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0404&from=EN>.

²⁸ Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU Pal Aranyosi and Robert Caldaru ..., Ibid.

На пример, ако таков доказ не е пронајден, но извршниот судски орган има во поседување информации кои му даваат причина да верува дека предавањето на бараното лице со одредена сериозна ментална или физичка болест може да резултира со ризик од значително влошување на состојбата на неговото здравје, дали извршувањето на ЕНА претставува нечовечко или понижувачко постапување? Во ваква ситуација дали треба или не да се изврши ЕНА?²⁹

Случајот *Aranyosi and Caldaru* ќе повлече повеќе упатувања во постапката по претходно одлучување за прецизно значење на обврските кои СПЕУ им ги наметнува на националните судови. Едно претходно упатување е веќе направено. Истиот национален суд кој го упати прашањето во случајот *Aranyosi and Caldaru* го запраша СПЕУ дали мора да ги процени условите за притвор само во првиот затвор во кој бараното лице треба да биде затворено по неговото предавање во државата-членка извршител или да ги процени и условите во затворот во кој лицето може дополнително да биде преместено?

3. Заклучок

Од нејзиното усвојување, РОЕНА системот предизвика дебати во поглед на нејзиниот недостаток од значителна заштита на човековите права. На почеток, СПЕУ не изгледал особено чувствителен на критиките и бил повеќе загрижен околу ефективноста на ЕНА системот во целина.

Како и да е, случајот *Aranyosi and Caldaru* објаснет во овој труд, открива еден поинаков тренд. СПЕУ сега дава поголемо значење на човековите права кои се видливи на различни начини во судската практика. Прво, иако СПЕУ експлицитно не спомнува, фундаменталните права може да создадат размислувања и интерпретации на одредбите на РОЕНА: Фундаменталните права создаваат таков „ефект во сенка“, на пример преку судската пракса во кои се барало толкување на одредби од РОЕНА за концептите на ЕНА и Националниот налог за апсење (во случајот *Bob-Dogi*),³⁰ „судската власт и судското одлучување“ (во случајот *Poltorak, Kovalkovas, Ozcelik*)³¹ или „судење кое резултира во одлука“ (во случајот *Tupikas, Zdziaszek*).³² Второ, СПЕУ ги користи фундаменталните права како алатка за интерпретација на РОЕНА. Ова е точно за некои случаи кои се однесуваат на ситуации во кои РОЕНА дозволува националните власти да лишат од слобода лице за кое е издаден ЕНА или неизвршување на ЕНА засновано

²⁹ СПЕУ сугерира афирмативен одговор кон ова прашање во случајот *C.K. Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-578/16 PPU C.K. and Others v. Republika Slovenija*, 16 February 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0578&from=EN>.

³⁰ Court of Justice, Judgment of the Court, Case C 241/15 PPU, *Niculaie Aurel Bob-Dogi*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0241&from=EN>.

³¹ Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-452/16 PPU *Openbaar Ministerie v. Krzysztof Marek Poltorak*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0452&from=EN>; Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-477/16 PPU *Openbaar Ministerie v. Ruslanas Kovalkovas*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0477&from=EN>; Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-453/16 PPU *Openbaar Ministerie v. Halil Ibrahim Ozcelik*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0453&from=EN>.

³² Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-271/17 PPU *Openbaar Ministerie v. Sławomir Andrzej Zdziaszek*, 10 August 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CJ0271&from=EN>.

на непочитување на правото на правично судење. Трето, фундаменталните права може да служат како посебен основ за можна суспензија или неизвршување на ЕНА, како што е токму случајот *Aranyosi and Caldaru* или одбивање на екстрадиција во трети држави (случајот *Petruhin*).³³

Може да се претпостави дека СПЕУ ќе продолж да ги користи правата од ПОП кога ја интерпретира РОЕНА. Помалку е сигурно дека СПЕУ ќе се заснова на случајот *Aranyosi and Caldaru* и ќе им остави на извршните органи повеќе простор за неизвршување на ЕНА на основ на повреда на фундаменталните права. Важна причина за ова е дека СПЕУ не е и не се смета себеси, за единствен заштитник на таквите права. Законодавството на ЕУ, исто така, има улога. Прво, судската пракса открива дека, што се однесува до СПЕУ, законодавството на ЕУ е должно да утврди по кои основи или во кои ситуации може да биде одбиено извршувањето на ЕНА со принципот на заемно признавање. Второ, законодавството на ЕУ може да ги следи целите за истовремено обезбедување на ефективност на ЕНА и заштитата на фундаменталните права со усвојување на легислатива која хармонизира одредени аспекти на кривичното право или постапка. Во изминативе години, ЕУ усвои серија на акти како што се правото на информирање, толкување и преведување во кривичната постапка,³⁴ пресумпцијата на невиност³⁵ и собирањето на докази.³⁶ Таквите мерки на хармонизација промовираат заемна доверба и ја намалуваат потребата од исклучоци за заедното признавање на судските одлуки во рамки на РОЕНА.

Така, иако фундаменталните права се чини дека играат важна улога во судската пракса, тоа не значи дека СПЕУ презема голема одговорност за заштитата на таквите права. Напротив, им остава на законодавните тела на ЕУ да направат соодветна рамнотежа меѓу обезбедувањето на ефективност на РОЕНА и заштитата на фундаменталните права. СПЕУ му остава на законодавецот широко поле за проценка и најверојатно ќе интервенира и преземе одговорност само во исклучителни ситуации.

Користена литература

Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26 October 2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>;
Council Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, OJ L 190/1, 13 June 2002, as amended by Council Framework Decision 2009/299/JHA amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principle of mutual

³³ Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-182/15 *Aleksei Petruhin*, 6 September 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0182&from=EN>.

³⁴ European Parliament, Council of the European Union, Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280/1, 20 October 2010; European Parliament, Council of the European Union, Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings, OJ L 142/1, 22 May 2013.

³⁵ European Parliament, Council of the European Union, Directive 2016/343/EU on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, OJ L 65/1, 9 March 2016.

³⁶ European Parliament, Council of the European Union, Directive 2014/41/EU regarding the European Investigation Order in Criminal Matters, OJ L 130/1, 3 April 2014.

- recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial, OJ L 81/24, 26 February 2009;
- Court of Justice, Judgment of the Court, Case C 241/15 PPU, Niculaie Aurel Bob-Dogi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0241&from=EN>;
- Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-182/15 Aleksei Petruhhin, 6 September 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0182&from=EN>;
- Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-271/17 PPU Openbaar Ministerie v. Sławomir Andrzej Zdziaszek, 10 August 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CJ0271&from=EN>;
- Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-396/11 Curtea de Apel Constanța v. Ciprian Vasile Radu, 29 January 2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0396&from=EN>;
- Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-399/11 Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal, 26 February 2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0399&from=EN>;
- Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-452/16 PPU Openbaar Ministerie v. Krzysztof Marek Poltorak, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0452&from=EN>;
- Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-453/16 PPU Openbaar Ministerie v. Halil Ibrahim Ozcelik, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0453&from=EN>;
- Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-477/16 PPU Openbaar Ministerie v. Ruslanas Kovalkovas, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0477&from=EN>;
- Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-578/16 PPU C.K. and Others v. Republika Slovenija, 16 February 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0578&from=EN>;
- Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU Pal Aranyosi and Robert Caldaru, 5 April 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0404&from=EN>;
- Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-411/10 and C-493/10 N.S. v. Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others v. Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform, 21 December 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0411&from=EN>;
- Court of Justice, Opinion 2/13 of the Court on the Accession of the EU to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 18 December 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CV0002&from=EN>;
- Court of Justice, Opinion of Advocate General Bot in Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU Pal Aranyosi and Robert Caldaru, 3 March 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0404&from=EN>;

- Court of Justice, Rules of Procedure of the Court of Justice of 25 September 2012, OJ L 265, 29 September 2012, as amended on 18 June 2013, OJ L 173, 26 June 2013 and on 19 July 2016, OJ L 217, 12 August 2016;
- European Court for Human Rights, Judgment of the Court, Varga and Others v. Hungary, Application No 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 and 64586/13, 10 March 2015;
- European Court for Human Rights, Judgment of the Court, Vociu v. Romania, Application No. 22015/10, 10 June 2014;
- European Parliament, Council of the EU, Regulation 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), OJ L 180, 29 June 2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604&from=en>;
- European Parliament, Council of the European Union, Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280/1, 20 October 2010;
- European Parliament, Council of the European Union, Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings, OJ L 142/1, 22 May 2013;
- European Parliament, Council of the European Union, Directive 2016/343/EU on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, OJ L 65/1, 9 March 2016;
- European Parliament, Council of the European Union, Directive 2014/41/EU regarding the European Investigation Order in Criminal Matters, OJ L 130/1, 3 April 2014;
- Prechal, S., Mutual trust before the Court of Justice of the European Union, European Papers Vol. 2, 2017.

ОДГОВОРНОСТА НА АДМИНИСТРАЦИЈАТА ОСНОВЕН ПРИНЦИП ВО УПРАВНАТА ПОСТАПКА

Јадранка Денкова

Проф.д-р “Универзитет Гоце Делчев”, Правен факултет Штип
jadranka.denkova@ugd.edu.mk

Јован Ананиев

Проф.д-р “Универзитет Гоце Делчев”, Правен факултет Штип
jovan.ananiev@ugd.edu.mk

Страшко Стојановски

Проф.д-р “Универзитет Гоце Делчев”, Правен факултет Штип
strasko.stojanovski@ugd.edu.mk

Апстракт

Генерално, одговорноста претставува однесување на физичко или правно лице според законски и морални норми и доколку истите бидат прекршени истото се казнува со одредени дисциплински казни предвидени со закон. Во административното право тоа значи дека секој административен орган треба да биде одговорен за своите постапки пред друга административна, законодавна или судска власт. Тоа значи дека преку одговорноста се промовираат вредностите на еден систем, а тоа се: ефикасност, ефективност, сигурност и предвидливост на јавната администрација. Посебна карактеристика на одговорноста во областа на административното право е тоа што таа е обезбедена преку комплексен збир на формални процедури. Република Северна Македонија одговорноста на администрацијата ја кодифицира во Законот за административни службеници каде што е разграничена полесната и потешката повреда на работната должност како и начинот и постапката на докажување на дисциплинската и материјалната одговорност на администрацијата и изрекувањето на дисциплинската мерка. Акцентот на трудот е одговорноста на административните службеници при донесувањето на конкретните административни акти, решавањето на управните предмети во управните постапки, особено кога решенијата се ништовни или рушливи и предизивуваат материјална штета за државниот орган каде што се водела постапката. Европските земји имаат јасни правила околу надоместувањето на штетата на граѓаните што ќе им биде нанесена поради непрофесионално и неодоговорно работење на администрацијата. Законот за административни службеници во Република Северна Македонија во одредбите за материјална одговорност укажува за надомест на штета што ќе биде нанесена на трети лица граѓаните, ја надоместува органот на државната управа. Прашањето е дали законодавство што ја регулира одговорноста на администрацијата треба да се менува во насока на воспоставување на јасни процедури и индикатори кои ќе ја детектираат одговорноста на администрацијата поради непрофесионално и неефикасно работење, особено онаа што нанесува штета на граѓаните и на државниот орган. Методологијата на трудот се базира на анализа на законски и подзаконски акти, статистички показатели, како и резултати од досегашни истражувања релевантни за предметот на истражување. Во досегашната практика и анализа на државните органи се

согледува дека има многу малку дисциплински постапки што се изречени над административните службеници, а за материјална одговорност на административните службеници процентот е многу низок. Законодавецот ја оставил можноста на државниот секретар да ја преиначи одлуката на комисијата, што дава можност за дискреционо одлучување на одговорното лице во институцијата. Законодавецот ја оставил можноста на граѓанинот да поведе постапка за молчење на администрацијата доколку не е решен предметот во рок од 30 дена, но внатре во државните органи нема процедура со која се анализира брзината на решавањето на предметите. Тоа е еден аспект на одговорност на администрацијата дали навремено постапува и дали граѓанинот трпи штета и од одоговлекувањето на постапката при решавањето на предметите. Се додека не постојат јасни индикатори кои ќе укажуваат на неефикасност на администрацијата, како и одредби кои упатуваат на лична одговорност на администрацијата, каде што нанесената штета на граѓаните ја надоместува администрацијата, а не државата, неможема да говориме за ефикасно и одговорно работење на администрацијата во Република Северна Македонија.

Клучни зборови: *одговорност, дисциплинска, материјална, ефективност, администрација*

RESPONSIBILITY OF ADMINISTRATION BASIC PRINCIPLE IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Jadranka Denkova

Associate professor

Faculty of Law – Stip

University of Goce Delcev – Stip

Jovan Ananiev

Professor Faculty of Law – Stip

University of Goce Delcev – Stip

Strasko Stojanovski

Associate Professor, Faculty of law,

University „Goce Delcev" – Shtip

Abstract

Generally, responsibility is misconduct of a physical or legal person who deviates from legal and moral norms, causing consequences and should be responsible for its actions by the law. In administrative law, this means that each administrative body should be responsible for its actions before another administrative, legislative or judicial authority. This means that through the responsibility, the values of a system is promoted, which are: efficiency, effectiveness, reliability and predictability of the public administration. A special feature of responsibility in the area of administrative law is that it is provided through a complex set of formal procedures. There is no abstract responsibility, but there is a concrete and legally defined responsibility explained through a set of specific procedures. In

the Republic of Northern Macedonia, the responsibility of the administration is codified in the Law of Administrative Servants where the easier and more severe violation of the working position is distinguished, as well as the manner and procedure of proving the responsibility of the administration and pronouncing the disciplinary measure. The subject of this paper is legal provisions analysis regarding the responsibility of the administration, the types of responsibility, disciplinary procedures and the applicability of disciplinary procedures. The purpose of this paper is analyses of the procedures that determine the personal material liability of the administrative officials contained in the laws in the Republic of Macedonia. The emphasis of this research is the responsibility of the administrative servants in the adoption of specific administrative acts, resolution of administrative cases in the administrative procedures, that is, when the outcomes of the proceedings are ruinous solutions that cause damage to citizens. European countries have clear rules about compensating the damage to citizens due to unprofessional and irresponsible work of the administration. The Law of Administrative Servants in the Republic of Northern Macedonia points to compensation for the damage that will be inflicted on third persons by the citizens, compensated by the state administration body. The question is whether our legislation on the responsibility of the administration should consider establishing clear indicators that will detect the responsibility of the administration, especially the one that inflicts damage on the citizens. The methodology of labor is based on the analysis of relevant legal and sub-legal acts, statistical indicators, as well as indicators of previous research relevant to the subject of research. In the current practice and analysis of the state authorities, it is perceived that there are very few disciplinary procedures that have been against the administrative officials, and for the material responsibility of the administrative officials, there is not a single procedure. As long as there are no clear indicators that will indicate inefficiency of the administration and as a result bearing material responsibility, and personally compensating the damage caused to the citizens, we can not speak about the efficient and responsible operation of the administration in the Republic of Macedonia.

Keywords: *responsibility, discipline, material, effectiveness, administration*

ВОВЕД

Дејствувањето на администрацијата како и секое друго дејствување може да биде генератор на чести и тешки повреди. Теоријата за одговорност претставува екстремна практична и теоретска важност. Можноста на граѓаните да добијат надомест на штетите предизвикани од јавната власт е суштински дел на правната држава. Секој развој на правото на одговорност на јавната власт е обележан со постојана грижа од страна на Административниот судија за подобрување на положбата на жртвата.¹

За правниот аспект на дисциплинската одговорност во правната теорија постојат многубројни дефиниции од кои како позначајни ги извлекуваме следните: „правна одговорност на вработениот за повреда на работните обврски или повреда на работната

¹ Административно право- Жан Валин, Арс Ламина ДОО 2012, Скопје

дисциплина”;² „одговорност за повреда на работните должности и обврски, за кои се изрекуваат дисциплински мерки“;³ „одговорност за повреда на работните должности и обврски, и која како таква е специфичен вид на правна одговорност, бидејќи се применува само на физички лица кои се во работен однос”.⁴ Кога администрацијата функционира како обично физичко лице ја ангажира својата одговорност како и сите физички лица според правилата на обичајното право, односно оние на приватното право па надлежен суд е граѓанскиот суд, со исклучоци на Шпанија и Португалија⁵. Кога администрацијата постапува според правилата на јавното право природата на надлежниот суд варира според различните земји, некогаш е надлежен граѓанскиот суд, а некогаш административниот суд.⁶ Голем број на автори на одговорноста гледаат јавна власт, неопходна последица на принципот на еднаквост на граѓаните пред јавните задачи. Административното дејствување се извршува во сечиј интерес, но при извршувањето на административното дејствување може да дојде до спротивни влијанија од оние кои до кои што треба да дојде, односно да дојде до настанување на штета. Во овој случај може да дојде до штетни влијанија кои што можат да се проценат без никаков тест на административно однесување, но може да дојде и до неотделиви штетни влијанија. Одговорноста во јавното право како и во приватното право опфаќа три услови: постоење штета, можност за поврзување на оваа штета со определено лице и определени правни карактери од кој произлегува обврската за надомест.

Во административното право на различните земји на ЕУ се среќаваат два вида на основа на одговорност а тоа се одговорност за сторена грешка и одговорност без сторена грешка. Во земјите каде што го основале начелото на одговорност на администрацијата врз основа на сторена грешка, вината се бара најчесто во димензија што е делумно објективна. Постојат и земји кои што го имат усвоено начелото на одговорност со вина, а таа е позната уште и како субјективна одговорност. Сепак, постои поделба на земјите кои го прифатиле оваа начело на вина и истите можат да се поделат во три групи: земји кои го усвоиле францускиот поим за одговорност за сторена грешка, земји кои го прифатиле германскиот поим одговорност за несоодветно и грешно однесување, и Велика Британија и Ирска кои го основале поимот одговорност врз основа на поимот граѓански деликт. Барањето одговорноста од страна на лицата што вршат јавни функции како и секоја друга одговорност се заснова на факт кој довел до настанување на штета, за која одговара јавното лице.⁷

²Mandić, M., *Disciplinska odgovornost radnika i državnih službenika*, u: Dukić-Mijatović, M. (ur.), 2011, *Aktuelne promene u pravnom sistemu država u regionu*, Novi Sad, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, str. 551

³ Brajić, V. , 2001, *Radno pravo*, Beograd, Savremena administracija, str. 333

⁴ Simović, V. , 2003, *Disciplinska odgovornost zaposlenih prema novom Zakonu o radu Republike Crne Gore*, Pravni život, 10, str. 872

⁵ Член 144 од Шпанскиот закон од 26 ноември 1992 година за правниот режим на јавната администрација и општа административна постапка, изменет со законот од 13 јануари 1999 година, го поставува начелото дека администрацијата одговара за своите постапки пред Административниот суд дури и кога дејствува во согласност со приватното право, а со Португалскиот закон 13/2002 за статусот на административните судови целосно им ја доделиле надлежноста на административните судови да одлучуваат за спорови во врска со одговорноста на администрацијата.

⁶ Административно право на земјите од Еврпската унија- Мајкл Фромонт, Арс Ламина ДОО, 2010, Скопје

⁷ Јавно право, јавна власт и административно дејство, Тоа е според француското право - Мишел Верпо и Латиција Жанико, Арс Ламина ДОО; 2010, Скопје.

Предмет на овој труд е да се анализираат законските одредби кои се однесуваат на докажување на одговорноста на администрацијата, како и да се детектираат правните празнини во законите кои влијаат на одговорното и ефикасното работење на администрацијата. Целта на овој труд е да се анализираат процедурите кои ја определуваат личната материјална одговорност на административните службеници содржани во законите во Република Македонија.

Методологијата на трудот се базира на анализа на законски и подзаконски акти, статистички показатели, како и резултати од досегашни истражувања релевантни за предметот на истражување.

Одговорноста на администрацијата основите ги влече од Уставот на Република Северна Македонија, што укажува на заложбата на државата да ги штити правата и слободите на граѓаните. Така, заштитата на правата на граѓаните може да ја согледаме уште во основните одредби на Законот за општа управна постапка кои упатуваат на потребата и целите на Законот да ги штити правата и правните интереси на физичките и правните лица, а воедно да водат сметка и за јавниот интерес, административните службеници при вршењето на своите законски надлежности, постапуваат, решаваат и преземаат други управни дејствија во управни работи. Секако и посебните закони кои ги уредуваат посебните управни постапки не смеат да ја намалат заштитата на правата и правните интереси на странките загарантирани со основниот Закон за општа управна постапка.⁸ Во Законот за Управна постапка од 2005 година постоеше одредба што се однесуваше на одговорноста на администрацијата при водењето на управната постапка. Во Законот за управна постапка што влезе во сила 2015 година не е изрично наведено начелото на одговорност при водењето на управната постапка. Законодавецот сметал дека доволно е што одговорноста на администрацијата е предвидена во Уставот на Република Северна Македонија. Законски одредби за одговорноста на администрацијата во моментот се содржани само во Законот за административни службеници.

АНАЛИЗА НА РЕЗУЛТАТИТЕ ОД ИСТРАЖУВАЊЕТО

Трудот акцентот го става на одговорноста на администрацијата за штетата што ја предизвикува на трети физички или правни лица при водењето на постапките при донесување на ништовни и рушливи решенија. Материјалната одговорност на административните службеници е дадена во Глава XIII од Законот, како и во

⁸ **Член 1** Со овој закон се уредува постапката за остварување на заштита на правата и правните интереси на физичките лица, правните лица и другите странки, како и заштита на јавниот интерес по која се должни да постапуваат министерствата, органите на државната управа, организациите утврдени со закон, другите државни органи, правните и физичките лица на кои со закон им е доверено да вршат јавни овластувања, како и органите на општината, на градот Скопје и општините во градот Скопје, кога во вршењето на своите законски надлежности, постапуваат, решаваат и преземаат други управни дејствија во управни работи.

Член 2 Примена на законот (1) Овој закон се применува за сите управни дејствија на јавните органи и на давателите на услуги. (2) Со посебните закони одделни работи може да се уредат поинаку од овој закон, доколку не се во спротивност со основните начела и целта на овој закон и не ја намалуваат заштитата на правата и правните интереси на странките загарантирана со овој закон. Закон за општа управна постапка, (Службен весник на РМ бр.124/2015).

Правилникот за начинот на водење на постапката за утврдување⁹ на материјалната одговорност и формата и содржината на решението за надомест на штета.¹⁰ Разликуваме три вида на штета: штета што ја претрпел административниот службеник, штета што тој ја направил кон трети лица и штета што ја направил кон институцијата. Административниот службеник може да претрпи штета на работа или во врска со работа. Во тој случај, институцијата е должна да му ја надомести штетата согласно со Законот за облигациони односи. Доколку административниот службеник во вршење на работите и работните задачи предизвика штета кон трети лица, институцијата е должна да ја надомести материјалната штета што ја предизвикал.¹¹ Доколку административниот службеник, на работа или во врска со работа, намерно или во крајна небрежност предизвика штета на институцијата, одговорен е за истата и е должен да ја надомести. Законот акцентот го става само на материјалната одговорност што настанува како резултат на однесувањето на државниот службеник предизвикана од намерно или од небрежно однесување. Нашето законодавство нема одредби кои упатуваат на одговорност на административниот службеник за предизвикана штета кон трети лица во форма на лична одговорност. Законот за административни службеници предвидува одговорност кон трети лица, а штетата ја надоместува државниот орган. Во член 70 од Законот за административни службеници е предвидена лична одговорност на административниот службеник за вршење на работните задачи. Личната одговорност на административниот службеник, вршењето на административните работи, законот ја ословува како дисциплинска одговорност која може да се изрече преку два вида на одговорност, дисциплинска неуредност и дисциплински престап. Во Законот за административни службеници има 9 ставови кои претставуваат основ за изрекување на мерка дисциплинска неуредност и 30 причини кои претставуваат основ за изрекување на една од мерките за дисциплински престап за работењето на административниот службеник. Материјалната одговорност кон трети лица не е и лична одговорност на административните службеници. Понатаму наведените алинеи кои упатуваат на изрекување на дисциплинска мерка не се поддржани со јасни мерливи индикатори кои упатуваат на одговорност. Ова е особено важно за управните постапки што ги водат административните службеници за остварување на правата и интересите на граѓаните. Тоа се следните основи за повреда на Управната постапка:”1. Доколку службеното лице што ја води управна постапка не бара докази и податоци по службена должност во рокот утврден со закон; 2. во управна постапка не доставува докази и податоци кои се побарани по службена должност во рокот утврден со закон и 3. не ги решава предметите во управна постапка во рокот утврден со закон”.

Во досегашната практика и анализа на државните органи се согледува дека има многу малку дисциплински постапки што се изречени над административните службеници, а за материјална одговорност на административните службеници е најмал незначителен процент одосно опфаќа 2,1% , односно само 11 жалби за материјална одговорност од изречените мерки. Така, во 2017 година до Агенцијата за администрација се поднесени 21 жалба за дисциплински престап што изнесува 4% од вкупниот број на поднесени

⁹ Во член 82 став 7 од Закон за административни службеници („Службен весник на Република Македонија“ бр. 27/14, 199/14, 48/15, 154/15, 5/15 и 142/16) стои “Уредување”, а правилникот има наслов “Утврдување.”
¹⁰(„Службен весник на Република Македонија“ бр.142/2014)

¹¹ Член 83 од Закон за административни службеници („Службен весник на Република Македонија“ бр. 27/14, 199/14, 48/15, 154/15, 5/15 и 142/16)

жалби до Агенцијата, 59 жалби за дисциплинска неуредност што изнесува 11,4% од вкупниот број на поднесени жалби. Споредено со 2016 година оваа бројка е намалена. Во 2016 година се поднесени 44 жалби за дисциплински престап што е двојно поголемо и 56 жалби за дисциплинска неуредност што е на исто рамниште со 2016 година. Во 2015 година бројот на жалби по основ на дисциплински постапки бил значително помал од наредните две години, бројот на жалби по основ на дисциплински постапки збирно изнесувал 40 жалби. **Ова ја потврдува констатацијата дека бројот на дисциплинските постапки во административните органи е незначителен со оглед на големата бројка на административни службеници и неефикасното работење на администрацијата во Република Северна Македонија.**

Законот за вработени во јавниот сектор¹² ја уредува одговорноста за вршење на работите и работните задачи на вработените. Имено, вработените во јавниот сектор се лично одговорни за вршењето на задачите.¹³ Одговорноста, кој може да биде материјална или дисциплинска, се утврдува со посебен материјален закон (*lex specialis*).¹⁴ За административните службеници тоа е Законот за административни службеници, за давателите на јавни услуги тоа се законите за основно, средно, високо образование, законите за култура, за јавни претпријатија, за наука, за труд и социјала итн.

Законодавецот ја оставил можноста на граѓанинот да поведе постапка за молчење на администрацијата доколку не е решен предметот во рок од 30 дена, но внатре во државните органи нема процедура со која се анализира брзината на решавањето на предметите. Тоа е еден аспект на одговорност на администрацијата дали навремено постапува и дали граѓанинот трпи штета и од одоговлекувањето на предметите. Така, во член 111 од Законот за општа управна постапка е предвидена можноста за жалба од страна на странката до второстепениот орган во случај на молчење на управата. Кога второстепениот орган ќе утврди дека првостепениот орган не го донел управниот акт во законскиот рок, тој треба да му наложи на првостепениот орган да донесе управен акт и да одреди рок за тоа од најмногу 30 дена по приемот на налогот. Кога второстепениот орган ќе утврди дека причините поради коишто првостепениот управен акт не бил донесен не се оправдани, тој самиот решава за барањето на странката во рок од 30 дена по приемот на жалбата, или ќе му наложи на првостепениот орган да го донесе бараниот управен акт во рок од 15 дена по приемот на налогот. Во случај на повторно молчење на првостепениот орган, второстепениот орган е должен самиот да ја реши работата.

Во однос на одговорноста новина во законот е што предметите во управната постапка ги одлучува и потпишува овластено службено лице, сето тоа е добра основа за лоцирање на одговорноста кон лицето што го решава предметот. Во **Член 24 од Законот за општа управна постапка, кој гласи:**¹⁵ **Во управната постапка, јавниот орган постапува преку овластеното службено лице назначено во согласност со правилата**

¹² Член 40 од Законот за вработени во јавниот сектор („Службен весник на Република Македонија“ бр. 27/14 и 199/14)

¹³ Член 40, став 1 од Закон за вработените во јавниот сектор („Службен весник на Република Македонија“ бр. 24/14, 199/14 и 27/16)

¹⁴ Член 40 став 2 и 4 од Закон за вработените во јавниот сектор („Службен весник на Република Македонија“ бр. 24/14, 199/14 и 27/16)

¹⁵ Закон за општа управна постапка (Службен весник на РМ бр.124/2015).

наведени во овој член,“ (2) Ако не е определено со посебен закон или подзаконски акт, функционерот кој раководи со јавниот орган, односно раководното лице е должно со актот за организација да определи организациона единица надлежна за секој вид на управна работа во негова надлежност. (3) Овластеното службено лице ја води и комплетира постапката, ако со закон поинаку не е определено. (4) Колегијалниот јавен орган е должен да овласти еден член на јавниот орган или административен службеник вработен во јавниот орган да ја води постапката, законодавецот ја дава обврската на државниот орган да определи сектор или стручно лице кои ќе ги потпишува предметите кои ги решава. **Во ставот 2 кој гласи: “ оваа обврска важи само доколку со друг закон е поинаку определено “**,законодавецот дава можност за отстапка од овој член, што упатува, можност посебниот закон да го реши на друг начин. Што значи доколку со посебниот закон се предвиди управните предмети да ги потпишува министерот или градоначалникот во тој случај повторно се намалува мотивацијата и одговорното работење на овластените службеници лица кога знаат дека друг ќе се потпише и ќе ја преземе одговорноста за неговото работење, или доколку и службеникот и одговорното лице на органот се потпишат, службеникот ќе има поделена одговорност. Ова е особено важно за професионалниот пристап на административните службеници при решавањето на предметите. Во тој случај, овластениот член, односно службеник постапува како овластено службено лице и му доставува предлог за управниот акт на колегијалниот јавен орган, во писмена форма, освен ако со посебен закон не е поинаку утврдено. Сметам дека личната одговорност на административните службеници треба да биде истовремено и мотиватор за административниот службеник. Мотивацијата ќе се однесува за оние кои предметите ги решаваат ефикасно, (временски побрзо и за ист период да решаваат поголем број на предмети во однос на своите колеги) и не предизвикуваат штета за органот, истите бидат наградени за сметка на оние што работат неефикасно и неодоговорно. Доколу се воведат индикатори кои јасно укажуваат на пропустите на административниот службеник при водењето на постапката, што резултирале со противправен конечниот акт со штетни последици, ќе претставува основа за утврдување на личната одговорност на административниот службеник и основа за надоместување на штетата од негова страна. Ваквата законска определба ќе влијае врз професионално и одговорно работење на администрацијата.

Друг индикатор кој влијае на неодоговното работење на администрацијата се одредбите од Законот за административни службеници во кои законодавецот ја оставил можноста на државниот секретар да ја преиначи одлуката на комисијата за изречената мерка што дава можност за дискреционо одлучување на одговорното лице во институцијата. Со оваа одредба се дерогира целокупната постапка и професионалноста на дисциплинската комисија што ја водела постапката во органот, затоа што на крајот на денот нивната одлука може да биде преиначена, што се одразува на целата клима во организацијата. “Секретарот е должен во рок од 3 дена да донесе решение за изрекување на дисциплинската мерка. Државниот секретар може да изрече дисциплинска мерка различна од онаа која ја предложила комисијата, која е должен да ја образложи со наведување на причините поради кои го сторил тоа.”¹⁶

¹⁶ Член 76, став 17 од Закон за административни службеници („Службен весник на Република Македонија“ бр. 27/14, 199/14, 48/15, 154/15, 5/15 и 142/16)

Во Законот за управен спор кој е веќе во последната фаза на донесување содржи одредби за повикување на одговорност на административните службеници со казна одбивање од плата доколку не ги достават списите до управните судии кога истите треба мериторно да решаваат за одредени предмети каде што и во првостепената и второстепената постапка не се преземени сите дејства во постапката. Ваквите одредби претставуваат селективно решение кое не е во координација со основниот Закон за административни службеници каде што се содржани законските одредби за одговорноста на администрацијата. Ваквото решение повторно нема јасни индикатори, кој ќе ја поведува постапката, како ќе се изрекуваат казнените мерки, како ќе се води постапката на докажување на одговорноста, а тоа упатува на одредби кои претставуваат селективна правда. Секако за да се изрече оваа мерка треба да се докажува одговорноста и истата како мерка треба да биде во основниот Закон за административни службеници. Во ставот 6 од овој член е предвидено дека во случаите од ставот (5) на овој член, кога судот не е во можност да одлучи за предметот без списите, судот со решение изрекува парична казна во износ од 20% од месечната плата на лицето што го донело оспорениот акт односно го презело оспореното дејствие, или на одговорното лице, односно овластеното лице во тужениот, односно во органот кој располага со списите кои не се доставени поради неоправдани причини. Според наведеното се поставува прашањето, каква одлука ќе донесе судот без списите по предметот, дали ќе ја донесе одлуката по закажана усна расправа и доколку не може да одлучи без списите на предметот, освен решението со кое ќе ја изрече паричната казна, со каква одлука ќе го заврши предметот. Обврска на јавниот орган за доставување на документи и податоци Член 36 (1) На барање на судот, секој јавен орган е должен, согласно закон да ги достави сите документи и податоци со кои располага, а кои се од интерес за решавање на конкретниот предмет, во рокот определен од судот. (2) Доколку јавниот орган не постапи во согласност со ставот (1) на овој член, судот со решение изрекува парична казна во износ до 20% од месечната плата на овластеното, односно одговорното лице во јавниот орган кое од неоправдани причини не ги доставило документите, односно податоците со кои располага. Против решението дозволена е жалба до Вишиот управен суд, во рок од 15 дена, сметано од денот на доставување на решението до тужениот.¹⁷

Законски одредби кои претставуваат основа за дисциплинска одговорност, дисциплински престап на административните службеници поврзани со дејствија при водењето на управната постапка се однесуваат на следните законски непочитувања: 1. Доколку административниот службеник во управна постапка не бара докази и податоци по службена должност во рокот утврден со закон; 2. во управна постапка не доставува докази и податоци кои се побарани по службена должност во рокот утврден со закон и 3. не ги решава предметите во управна постапка во рокот утврден со закон. Законот за административни службеници предвидува постапка за изрекување на дисциплинска мерка, а Законот за Управен спор директно ја утврдува одговорноста на административниот службеник за изрекување на мерката парична казна без водење на постапка. Како што нагласив ќе има нејаснотии во примената на законот поради ограничување на можноста административниот службеник да се обжали, што остава можност за директна дискриминација помеѓу административните службеници. Тоа

¹⁷ Ова решение е во Предлог измените на Законот за управен спор, февруари 2019 година.

значи административните службеници кои водат управни постапки директно ќе бидат казнети според одредбите од Законот за управен спор, а може да се случи административен службеник кој направил потешки дисциплински повреди од наведените 30 за дисциплински престап, а да не биде поведена постапка против истиот. Треба да се внимава за еднаквоста при казнувањето и секако да се воспоставата јасни и еднакви индикатори за сите. Сметам дека и во ваков случај доколку има јасни индикатори и процедури за начинот на доставување на потребните документи, ќе овозможи еднаков пристап кон сите административни службеници, а воедно ќе значи и поголема одговорност на администрацијата.

Во контекст на одговорното работење на администрацијата законодавецот предвидел одредби кои упатуваат на начинот на давањето на услугите кон граѓаните посебно ги дефинира услугите на управни дејства како услуги од општ интерес. Така во членот **103 од Законот за општа управна постапка како** услуги од општ интерес се управни дејствија со кои на граѓаните им се обезбедуваат општо достапни услуги за сите странки по пристапна цена и со соодветен квалитет на услугата, во континуитет, транспарентно без дискриминација на корисникот на услугата. Ако услугите од општ интерес ги обезбедува приватен давател на услуги, корисникот на услугата не смее да има помала правна заштита во споредба кога услугата би ја давал јавен орган. Доколку корисникот на услуга од општ интерес и покрај тоа што ги исполнил своите обврски, смета дека не добива услуга со соодветен квалитет, во континуитет, транспарентно и без дискриминација може да поднесе приговор до надзорниот јавен орган утврден со закон, сè додека трае дејствието или неизвршувањето на одредено дејствие од страна на давателот на услугите.

Како битен основ за утврдување на личната одговорност на административниот службеник претставува Управниот приговор. Овој инструмент за прв пат е воведен во најновиот Закон за општа управна постапка. Управниот приговор не претставува основ за дисциплинска постапка кон административниот службеник, не се воведени одредби во Законот за административни службеници кои упатуваат на лична одговорност по основ на поднесување на Управен приговор кон административниот службеник. Овој приговор може да претставува добра основа за лична материјална одговорност на администрацијата, за штетата што ја предизвикуваат на граѓаните при одоговлекувањето на управните постапки, неефикасното работење. Членот **118 од Законот за општа управна постапка го дава основот за** поднесување на Управен приговор. “1) Против реален акт или негово пропуштање, странката може да изјави управен приговор до јавниот орган кој го преземал или не го преземал реалниот акт, ако странката тврди дека нејзините права или правни интереси се повредени од тие дејствија или неизвршувањето на дејствијата.” 2) “Ако корисник на јавна услуга од општ интерес смета дека давателот на услугите ги повредил неговите права или правни интереси, корисникот може да поднесе приговор до јавниот орган што издава дозволи, врши надзор или контрола над давателот на услугите сè додека трае дејствието или неизвршувањето на одредено дејствие од давателот на услугите, освен ако за спорната работа постои непосреден правен лек според управното право против давателот на јавните услуги.” Во членот 119 е опишана постапката по управен приговор против реални акти и нивно пропуштање. Оваа постапка по приговорот против реални акти или нивно пропуштање ја спроведува посебна организационата единица или колегијално тело на јавниот орган кој го издава реалниот акт. Административниот службеник,

односно вработениот кој е одговорен за побиваниот реален акт или за неговото непреземање не смее да учествува во постапката. Јавниот орган решава за управниот приговор против реални акти или нивно пропуштање преку управен акт кој треба да се донесе и достави без одлагање, а најдоцна во рок од 15 дена по приемот на приговорот. Против овој управен акт може да се поведе управен спор пред надлежен суд. Постапка по управен приговор во случај на обезбедување јавни услуги од општ интерес, јавниот орган што издава дозволи, врши надзор или контрола над давателот на услугите е должен да ги испита изјавите на подносителот на приговорот и да преземе надзорни мерки во рамки на својата надлежност. За управниот приговор не се предвидени одредби за дисциплинска материјална одговорност што е резултат на доцнење и одоговлекување на постапката како и квалитетот на постапката и штетата предизвикана кон граѓаните.

ЗАКЛУЧОК И ПРЕПОРАКИ

Од досегашната анализа како генерален заклучок е ставот дека одговорноста на администрацијата при водењето на управните постапки воопшто не постои, односно нема основ за изрекување на лична материјална одговорност при водење на постапките. Затоа што крајната штета настаната како резултат на пропустите при водењето на постапката ја надоместува државниот орган, а не административниот службеник. Може треба да се размислува за воведување на лична материјална одговорност кон административните службеници за пропустите што ќе ги направат при водење на постапките од незнаење, неефикасно и непрофесионално работење. Законот за административни службеници предвидел одредби за мерката дисциплински престап при водењето на управните постапки, а административниот службеник може да се казни за несовесно работење, и да му биде изречена една дисциплинска мерка, парична казна, прераспоредување на друго работно место и престанок на работен однос. Од статистичките показатели согледаваме дека овие мерки се изречени во многу мал обем во административните органи кон административните службеници и истите доколку бидат изречени, најчесто во постапка пред редовните судови се пресудува во корист на администрацијата. Ова се должи на фактот дека нема јасни и мерливи процедури и индикатори во Законот и во подзаконските акти за докажување на одговорноста и основот за изрекувањето на таа мерка. Препораката е разработка на сите одредби од законите што претставуваат основ за дисциплинска мерка и да се воспостават јасни насоки и мерливи индикатори за докажување на одговорноста, односно основот за изречената казнена мерка. Се додека не се воспостават јасни индикатори кои ќе укажуваат на ефикасноста или неефикасноста на администрацијата, како и воведувањето на материјална одговорност како лична одговорност на администрацијата преку надоместување на несената штета на граѓаните од страна на администрацијата неможема да говориме за ефикасно и одговорно работење на администрацијата во Република Северна Македонија. Секако индикаторите за ефикасноста да бидат реални, обемот на работата да биде во согласност со капацитетот на административниот орган, бројот на административни службеници. Рапределбата на работните должности предмети за работа треба да биде во реален обем. Неможе да бараме ефикасно и одговорно работење во административниот орган доколку во истиот има поголем обем на работа во однос на обучениот административен кадар. Одговорните лица треба да

имаат јасна визија за целите, резултатите бројот на кадрите и нивната стручност и компетентност. Се додека не постојат јасни индикатори кои ќе укажуваат на постигнувањата на администрацијата, како и одредби кои упатуваат на лична одговорност на администрацијата, според кои нанесената штета на граѓаните ја надоместува администрацијата, а не државата, неможема да говориме за ефикасно и одговорно работење на администрацијата во Република Северна Македонија.

БИБЛИОГРАФИЈА

- 1.Безбрадица, Р. (2007). Дисциплинска одговорност државних службеника: први део. *Правна пракса* 11: 5-14. Београд: LIBER.
- 2.Вукашиновиќ Радојчиќ,(2010). *Европски стандарди правног положаја државних службеника*. Београд: Правни факултет.
- 3.Гелевски, С. (2009). *Управно – процесно право*. Тиха дооел – Скопје.
- 4,Ивошевиќ, З. (2007). *Радно право*. Београд: Службени гласник.
- 5.Њиќ, М. (2006). *Управно право*. Niš: VCLS.
- 6.Илиќ, А. (2011). Дисциплинска и материјална одговорност државних службеника у правном систему Републике Србије. Универзитет у Нишу- Факултет заштите на раду у Нишу.
- 7.Јовановиќ, П. (2000). *Радно право*. Београд: Службени гласник.
- 8.Кекеновски, Ј. Политички систем – збирка на трудови. Скопје.
- 9.Костиќ, Л. (1999). Однос кривичне и дисциплинске одговорности јавних службеника. *Правосуђе* 7-8: 4-7. Београд: (Панчево: Напредак).
- 10.Кулиќ, Ж. (2009). *Службеничко право*. Београд: Мегатренд универзитет.
- 11.Кулиќ, Ж; Васиљевиќ, Д. (2009). *Радни односи у органима државне управе*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија.
- 12.Маринковиќ, Р. (2009). Супсидијарна примена општих процесних закона у поступку утврђивања дисциплинске одговорности државних службеника. *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3: 335-348. Београд: „Службени гласник“.
- 13.Милисављевиќ, О. (1997). *Дисциплинска и материјална одговорност*. Београд: Правно економски центар.
- 14.Mandić, M., *Disciplinska odgovornost radnika i državnih službenika*, u: Dukić-Mijatović, M. (ur.), 2011, *Aktuelne promene u pravnom sistemu država u regionu*, Novi Sad, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, str. 551
- 15.Brajić, V. , 2001, *Radno право*, Beograd, *Savremena administracija*, str. 333
- 16.Simović, V. , 2003, *Disciplinska odgovornost zaposlenih prema novom Zakonu o radu Republike Crne Gore*, *Pravni život*, 10, str. 872
- 17.Флин, Н. (2010). Упра Шафриц, Ц.М.; Расел, Е.В.; Борик, К.П. (2009). Вовед во јаваната администрација. Академски печат, Скопје.
- 18.Кодекс за административни службеници (Службен весник на РМ, бр. 183 од 12.12.2014 година).
- 19.Уредбата за описот на звањата за државните службеници (“Службен весник на Република Македонија” бр.106/2007 и 146/2009).

20. Правилник за начинот на водење на дисциплинската постапка за дисциплински престап и образец за тајно гласање (Службен весник на РМ, бр. 142 од 26.09.2014 година).
21. Правилникот за начинот на водењето на дисциплинската постапка за утврдување на дисциплински престап (Службен весник на РМ, бр. 58 од 19.4.2011 година).
22. Правилник за начинот на водењето на постапката за утврдување на материјална одговорност и формата и содржината на решението за надомест на штета (Службен весник на РМ, бр. 142 од 26.09.2014 година).
23. Управување со јавниот сектор. Арс Ламина ДОО, Скопје.
24. Фромонт, М. (2010). Административното право на земјите од Европа. Арс Ламина ДОО, Скопје.
25. Хофмајстер, В; Грабов, К. ПОЛИТИЧКИ ПАРТИИ - Функционирање и организација во демократските Општества. Фондација Конрад Аденауер во Република Македонија, Институт 26. Павел Шатев - Скопје, Винсент графика
27. Закон за општа управна постапка (Службен весник на РМ бр.124/2015).
28. Закон за административни службеници (“Службен весник на Република Македонија” бр.27 од 05.02.2014 година).
29. Закон за вработените во јавниот сектор (“Службен весник на Република Македонија”, бр.27 од 05.02.2014 година).
30. Законот за користење на податоците од јавниот сектор (“Службен весник на Република Македонија” бр.27 од 05.02.2014 година).
31. Законот за организација и работа на органите на државната управа (Сл. весник на Р Македонија” бр.58/2000 од 21.07.2000 година).

АГРЕСИВНОТО ДАНОЧНО ПЛАНИРАЊЕ – ПРЕДИЗВИК ЗА УНАПРЕДУВАЊЕ НА ДАНОЧНАТА ЛЕГИСЛАТИВА

Јасмина Цветаноска

Кандидат на докторски студии Правен Факултет, УКИМ
jcvetanoska@gmail.com

Апстракт

Агресивно даночно планирање (АДП) е механизам кој го одбежува деловното поведение на мултинационалните корпорации на новото време. Како привилегија на бизнисите со наднационален предзнак отвори дебата кај стручната јавност и релевантните меѓународни институции и организации за напредок во даночните предизвици. Во услови на вртоглава дигитализација во сите сегменти од модерното живеење и брза размена на податоци, светската бизнис елита успеа да промовира “легалени“ шаблони за искористување на празнините во архитектурата на меѓународниот и националните даночни системи.

Агресивното даночно планирање е сосема поинаков и покомплексен инструмент, кој во суштина е законско користење на даночниот режим на една територија во сопствената корист на мултинационалните корпорации, со цел да се намали износот на данок кој се плаќа. Оваа сложена компилација на правни дејства создава вештачко поместување на профитите на корпорациите во земји каде владеат либерални даночни политики и на тој начин значително ја намалуваат сумата која треба да биде издвоена за подмирување на даночната обрска по основ на данок на добивка. Агресивното даночно планирање како нов тренд во тековното работење на корпорациите не може да се подведе под терминологијата на затајување на данок или привидна правна зелка – кои дејанија националните законодавства ги имаат уредено и предвиделе соодветно санкционирање.

Судот на јавното мислење е дека агресивното даночно планирање е неморален чин во деловното корпоративно поведение и сметам дека веќе е заполено црвено светло за поттикнување на владите да реагираат проактивно и поефикасно на новите ризици кои имаат сериозни финансиски импликации на централните буџетски каси.

Клучни зборови: *Агресивно даночно планирање, корпорации, данок на добивка*

AGGRESSIVE TAX PLANNING - A CHALLENGE FOR IMPROVING TAX LEGISLATION

Jasmina Cvetanoska
Phd Candidate, Faculty of Law, UKIM

Abstract

Aggressive tax planning (ATP) is a mechanism that avoids the business behavior of multinational corporations of modern times. As a privilege of businesses with a multinational sign, opened a debate among the expert public and the relevant international institutions and organizations for progress in tax challenges. In a state of rapid digitalization in all segments of modern living and rapid data exchange, the global business elite has succeeded in promoting "legal" templates for utilizing gaps in the architecture of international and national tax systems.

Aggressive tax planning is a completely different and more complex instrument, which is essentially legal use of the tax regime in one territory in the own benefit of multinational corporations in order to reduce the amount of tax payable. This complex compilation of legal actions creates artificial upkeep of corporate profits in countries where liberal tax policies are governed and thus significantly reduces the amount to be set aside to pay the tax payable on a corporate income tax basis. Aggressive tax planning as a new trend in the current operations of corporations can not be brought under the terminology of tax evasion or a an apparent legal deal - which national legislations have regulated and anticipated proper sanctioning.

The public opinion court is that aggressive tax planning is an immoral act in business corporate behavior and I think there is already a red light to encourage governments to react proactively and more efficiently to new risks that have serious financial implications at the central budget chapters.

Key words: Aggressive tax planning, corporation, corporate income tax

1. Вовед

Агресивно даночно планрање (АДП) е механизам кој го одбежува деловното поведење на мултинационалните корпорации на новото време. Во услови на вртоглава дигитализација во сите сегменти од модерното живеење и брза размена на податоци, светската бизнис елита успеа да промовира “легалени“ шаблони за искористување на празнините во архитектурата на меѓународниот и националните даночени системи.

Егзактните показатели го потврдуваат системскиот проблем кој е настанат како последица од имплементацијата на националните стратегии за брзо заздравување од лузните кои ги нанесоа големите тектонски движења што во изминатава декада ја зафатија светската политичка и економска сцена.

Само на европскиот континент ¹кај сите двесте и седум членки на Европската Унија во 2009 година, во просек Бруто Домашниот Производ (БДП) опаѓаше за 4.2%. Државите во Европа не беа подеднакво погодени од влијанијата на светската економска и финансиска криза. Големината на падот на БДП бележеше големи разлики споредбено - меѓу земјите од ЕУ зоната. Најголемиот светски пад во 2009 година го доживува Латвија со -18.0% на БДП, а единствен раст во истата година искажа само Полска и тоа со +1.7 % БДП.

Додека се закрепнуваше од ова цунами, чинителите на отворениот пазар се најдоа пред уште еден предизвик - одлуката на Велика Британија за напуштање на Евроската Унија. Времето кое е потребно да се администрира оваа одлука низ бирократските лавиринти на ЕУ, остава простор за спекулации и постојано пристигаат најави за тоа дека ќе биде исцртана мапа со нови трговски бариери на европскиот континент. Неизвесноста која е предизвикана од надворешните фактори, скоро секогаш на бизнисите им нанесува ненадоместливи штети. Во такви услови менџментот на компаниите во принцип ги одлага инвестициите и го забавува темпото на оптек на парите.

Тука не смее да се заборава и уделот кој го имаат политиките на заштитнички пристап на националната трговија на Соединетите Американски Држави.

И за крај кога ќе се додаде и најновиот тренд што го наметнува криптовалутите, со право може да се констатира дека дојде време во кое правилата и искуствата што важеле до вчера се потешко применливи денес при превземање на активности во економскиот сегмент.

2. Корпорациите – промотори на агресивното даночно планирање

Во услови на после кризен период, политичките лидери и економската стручна јавност едногласно ги промовираа моделите за создавање на поволна клима и поддршка на бизнис заедницата. Стравот од повторно намалување на приходните страни на централните буџетски каси и продуцирање на социјални немири ги натера владините економски тимови да пристапат кон промоција и спроведување на мерки и активности кои на краток рок ќе го зголемат индексот на ²паричниот тек (cash flow), што во основа е приказ на сите приливи и одливи на паричните средства од компанијата во текот на определен временски период.

Услужната ориентираност и поддршката од страна на институциите на ситемот им помогна на компаниите да ги повратат профитите и да може да се фокусираат на освојување на отворените пазари. ³Првиот 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 и

¹Taxation trends in European Union, Focus on the crises: The main impact on EU tax system, European Comision – Taxation and customs union, Eurostat, European Commission, 2011 edition, pg.3.

² Сашо Арсов, *Финансиски менаџмент*, Скопје: Економски факултет, 2008, стр. 31.

³Primislav Markovic, *Politi;ka Ekonomija Socijalizma – Visa Skola za Spoljnu Trgovinu u Beograd, Beograd, 1966, str.103.*

претставниците на тогашните држави апарати. Довербата во бизнис релациите никогаш не била, не е, ниту ќе биде предмет на продажба.

Во трката за пари, првото место секогаш припаѓа на корпорациите. Овој вид на трговски друштва дефиниран како ⁴социо - политичка организација на општеството на големите лоби групи, или корпоративни групи, кои се базирани на основ на заеднички интерес, има корени од времето на антиката.

Од нивното настанување, па до ден денес корпорациите се доминантна движечка сила на економијата. Водени од девизата - колку поголема конкуренција, толку поголеми можности за бизнис активности, корпоративното делување ги надминува границите на матичните држави. Желбата за остварување на големи и брзи профити ги насочи корпорациите во поттик на глобализацијата и промовирање на наднационалното.

Само ⁵во последните десетина години, видно е дека големите корпорации го имаат зафатено секој ќош во светот за да стигнат до нови можности за економски раст.

Кованицата ⁶”Joint stock company” е одомаќинета скоро во сите 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”.

Секоја ⁷корпорација по дефиниција е посебен правен ентитет, како таква има име и има право на голем број права и обврски идентични на физичкото лице. Од аспект на јурисдикција корпорацијата е жител на државата во која е формирана, што не значи дека има право на глас и може да гласа.

Големата финансиската моќ на корпорациите им дава можност да наметнуваат нови трендови на деловното поведење. Досегашното искуство покажало дека стилот на практикување на кодексите и спроведувањето на законската регулатива што го негува светската бизнис елита во одредена временска рамка е предвесник на нормативните акти кои ќе се подготвуваат од страна на националните законодавства или меѓународната зедница.

⁴Waite, Duncan. In press. “Imperial Hubris: The Dark Heart of Leadership.” Journal of School Leadership; Waite, Duncan, Turan, Selhattin & Nino, Juan Manuel (2013).

⁵T Magazine, Tax insight for business leaders, Issue o7, Tax reform in the spotlight, pg. 6.

⁶Oxford English Dictionary

⁷Корпоративни финансии/ Стивен А. Рос, Рандолф В. Вестерфилд, Џефри Ц. Цаф – Скопје: Магор, 2010, - 960 стр, фраф. прикази: 25 см. Стр 9.

3. Агресивно даночно планирање

3.1 Поим - агресивното даночно планирање

Меѓународниот даночен пејзаж драматично се промени во последните години. Со политичка поддршка на лидерите на Г20, меѓународната заедница презеде заедничко дејствување за зголемување на транспарентноста и размената на информации во даночите кои се важни и за решавање на слабостите на меѓународниот даночен систем, што создаваат можности за BEPS (base erosion and profit shifting) - Ерозијата на базата и менувањето на профитот.⁸

На меѓународно договорените стандарди на транспарентност и размена на информации во даночната област ставајќи крај на ерата која беше бележена со штембилот - банкарска тајна.

Со над 130 земји и јурисдикции кои во моментов учествуваат, Глобалниот форум на Транспарентноста и размената на информации за даночни цели обезбеди конзистентна и ефикасна имплементација на меѓународните стандарди за транспарентност од основањето во 2009 година.

Ерозијата на основата и менувањето на профитот (BEPS) се однесува на стратегиите за даночно планирање кои ги искористуваат празнините во архитектурата на меѓународниот даночен систем за вештачки префрлување на профитот на места каде што има малку или нема економска активност или оданочување.

Агресивното даночно планирање е сложена компилација на правни дејства кои ги спроведуваат корпорациите се со цел да се намалат трошоците за плаќање на данок на добивка.

Агресивното даночно планирање е привилегија само на корпорациите со меѓународен предзнак, односно бизниси кои во својата организациска структура имаат повеќе правни лица регистрирани во различни држави. Само на тој начин може да се применува АДП како механизам, притоа да не се доведе компанијата во состојба да ги заобиколува или пркршува правните прописи на одредени држави.

Корпорациите како дел од економската сцена во светски рамки носат поголемо бреме на својата структура, сериозност и лојалност. Во споредба со останатите видови на правни лица уживаат поголеми авторитет и кај клиентите, но и кај институциите на системот. Во принцип градат еден партнерски однос кој притоа создава обврзувачка согласност за доброволна наплата на сите даноци и останати давачки кон државата.

Од друга страна не смее да се излоира човечката компонента и субјективизмот на менаџерските тимови на корпорациите кои се однесуваат на изнаоѓање можности за намалување на трошоците за плаќање данок.

Односно, не постои човек кој не сака да плати помалку данок на државата доколку е тоа возможно и легално.

⁸ Background Brief – Inclusive Framework on BEPS OECD 2017, pg 9.

Споредбено со останатите правни лица, моќта и големината на копорациите со мултинационален предзнак им овозможува да имаат поголеми видици за даночната шреноликост што постои меѓу државите ширум светот и можностите кои ги нудат различните даночни системи.

Насушната потреба да се заштедат финасиски средства во тековното работење ги натерала да пристапот кон даночно планирање. Даночното планирање е последователна активност на стратешките одреди и долгорочните планови за работа на компаниите. Деловното планирање е единствениот начин да се успее да се остане во реалниот економски сектор поред големата конкуренција која секогаш се стреми да ги заземе туѓите позиции.

Компаниите преку своите лични искуства увиделе дека неусогласеноста на дночните стапки во различни даночни системи може да биде искориатена за обезбедување на лична корист.

Несакајќи да се делува негативно по личниот имиџ и имиџот на корпорацијата која ја водат, менаџерските тимови пристапиле кон користење на агресивното даночно планирање како еден пософистициран метод за намаување на тршоците да плаќање на данок на добивка.

Шимети на агресивно даночно планирање се автентични за секоја компанија која ги создала и применувала, во зависност од индустриската гранка на која припаѓа, организациската структура на компанијата, ресурсите со кои располага и државите кои ги одббрала да го води бизнисот.

Низ годините се покажало дека основните шеми на АД се унапредувале и станувале се посложени и поневидливи за надлежните институции што ги следат и контролираат.

3.2 Појава на агресивното даночно планирање

Агресивното даночно планирање се издвојува како посебен инструмент во деловното планирање на корпорациите. Терминолошки и суштински се разликува од даночното планирање. Не постои деловен потфат без притоа да не се утврдат целите и задачите кои сакаат да се постигнат како и да се формулираат вистински мерки и акции со кои ќе се обезбеди остварување на истите. Планирањето е одлучување однапред што да се направи, како да се направи и кој да го прави, односно интелектуален процес на свесно определување на текови и акции.⁹ Деловното планирање е дел од менаџерската работа. Може да биде догорочно и краткорочно.¹⁰

Агресивното даночно планирање е составен дел од долгорочните планови и вклучува упатсво за остварување на целите во иднина. Корпорациите со нивната структура и неограничен живот и постоење може да си дозволат да го користат

⁹Rusell L. Ackoff: A concept of corporate planin, Wily – interscience, a division of John and Wily and sons, New York, 1970.

¹⁰Деловно планирање, Бобек Шуклев, Скопје, Економски Факултет, 1993 година, стр 30.

АДП.

Даночното планирање ги опфаќа сите дирекните и индирекните даноци кои претставуваат однапред предвиден трошок за компаниите. Во фокусот на агресивното даночно планирање е данокот на добивка.

Агресивното даночно планирање за прв пат е препознаено од страна на даночните органи како систем на прикажување и оданочување на профитот на корпорациите меѓу 2001 година и 2003 годна. Овој показател не потврдува дека претходно не постоело и не било применувано од поделни корпорации во некоја држава.

Агресивното даночно планирање својата ренесанса ја доживеало во услови кога институциите на системот подале рака и значително го унапредиле градењето на партнерски однос со стопанството, се со цел да се заджи брзиот чекор во развојот на производните сили и вртоглавата дигитализација што ги зафати сите сегменти од модерното живеење.

Даночните власти кои го детектирале АДП како нова појава во искажувањето на профитот утврдиле дека корпорациите со воспоставување на ваков систем на поместување на добивката не може да се подведат под спротивно постапување на законите, а во исто време успеваат да ја намалат даночната основица на пресметување данок на добивка. Постоечката правна правка бидејќи не го опфаќа АДП, единствена можност на релевантните институции во рамките на своите овластувања е да го препознаат АДП, да го нотираат и да разменат информации преку меѓународните канали со другите засегнатите организации.

Институциите со овалатувања и надлежности за следење на агресивното даночно планирање кога разменуваат информации на оваа тема го ја применуваат кратенката ATP (Agresive Tax Planing).

На основа на првичните сознанија за постоењето на агресивно даночно планирање само ОЕЦД – (Организација за економска соработка и развој) ја изрази загриженоста од можни негативни импликации по државите буџети доколку АДП земе сериозен замав во корпоративното поведение и прерасне во стил на работење на мултинационалните корпорации.¹¹ ОЕЦД е во првите редови на напорите за подобрување на меѓународната даночна соработка помеѓу владите за борба против меѓународното избегнување на даноците и затајувањето. Во насока на постигнување на овие цели, ОЕЦД формираше Управувачка група АДП (агресивно даночно планирање) во 2004 година да дејствува како центар на знаење и експертиза за меѓународно планирање на данок.

Управувачката група започна со членство на 7 земји и сега прерасна во целосна работна партија од 46 земји на ОЕЦД и Г20.

Работата на ОЕЦД Управувачката групата АДП се фокусира на идентификување на трендовите во меѓународното даночно планирање и помагање на владите да реагираат побрзо и поефикасно на појавените ризици.

¹¹<https://www.oecd.org>

Од нејзиното основање до денес Групата има дефинирано над 400 шеми за моделите на агресивно даночно планирање кои ги применуваат правните лица.

АДП шемите се класифицирани по различни параметри и се зачувани во доверлива база на податоци во Библиотеката на Директориумот за Агресивно даночно планирање на Организација за економска соработка и развој.

Надлежните лица со посебни права и овластувања кои се дел под-групата земји што се членки во ОЕЦД ги ажурираат податоците и ги надополнуваат со секој нов откриен случај на агресивно даночно планирање кој може да биде потенцијален ризик фактор за биоло која држава во светот.

4. Карактеристики на Агресивното даночно планирање

Агресивното даночно планирање како феномен во деловното поведение на светската бизнис елита остава силни траги врз целокупниот економски и политички систем на глобално ниво.

Оваа сеуште “нова“ и атрактивна појава не успеала да остане игнорирана од надлежните институции и организации, а уште повеќе од засегнатите помали правни ентитети што се дел од синцирот во бизнис активностите. Дел од правните лица преку кои се аплицира АДП не ползуваат никакви придобивки.

Самиот факт дека примената на агресивното даночно планирање генерира помали износи на основцата која се користи за пресметување на данок на добивка, создава сомнеж за посоење на привилегирани компании пред правниот поредок. Обезбедувањето на фер и еднаков третман пред законите се препишува на етичкиот кодекс за деловно работење кој доброволно го прифаќаат и почитуваат сите чинители на пазарот и на институциите на сисемот на секоја држава поодделно.

Поимот агресивно даночно планирање го одбележуваат шест основни карактеристик:

- Привилегија на мултинационалните корпорации
- Алтернативно право на плаќање даноци
- Мрежа од правни аранжмани
- Вештачко поместување на профитот
- “Разумен тек“ на бизнис цели
- Неетички чин

Агресивното даночно планирање е привилегија на мултинационалните корпорации бидејќи може да се применува само кај корпорациите чии бизниси излегуваат надвор од границите на матичните држави. АДП е создаден за остварување на лична корист во рамки на посточката правна рамка како автентичен модел и неприменлив за поширокото деловно опкружување.

За да може да функционира АДП и да ги даде очекуваните цели, неопходно е постоење на посложена организациска структура на компанија во чии консолидирани финасиски извештаи се опфатени повеќе правни лица кои имаат

регистрирано деловни потфати надвор од матичната држава какде е регистрирана корпорацијата.

Успешно поместувањето на профитот е гарантирано само ако едно од правните лица кои се дел од консолидираните финасиски извештаи е регистрирано во држава каде владеат либерални даночни закони. Анализите покажале дека поместувањата во принцип се случуваат од високоразвиените држави со стабилни економии и силни контролни системи во места каде што има ниски даночни стаки и послаба контрола од страна на извршните владини органи.

Во најголем процент изборот паѓа на даночени раеви.¹² Даночен рај се смета земја или место со многу ниски „ефективни“ стапки на оданочување за странските инвеститори („главните“ стапки може да бидат повисоки. Според некои традиционални дефиниции за даночниот рај се вели дека нуди и финансиска тајна.

АДП обезбедува право на избор на алтернативна држава во која ќе го плаќа данокот на добивка и неприкосновено исполнување на законските одредби од областа на даночното и трговското право. Затоа корпорацијата која го применува во рамки на позитивните законски прописи се амнестира од квалификациите¹³затајување на данок и¹⁴привидна правна зелка.

Бизнис логиката го оправдува ваквото поведение но, само во услови кога постои видна економска активност на корпорациите во трети држави. Кога станува збор за агресивно даночно планирање, примарно место имаат правни аранжмани без реален или занемарливо мал деловен потфат, што се користи само да биде запазен формалниот аспект.

На тој начин се минимизираат реалните трошоци на мултинационалните корпорации за даночни цели. Неетички се заобиколуваат обврските кои ги наметнуваат матичните држави каде што се регистрирани трговските душтва, притоа искористувајќи ги само правата и сигурноста што ја нудат националните легислативи.

¹⁵Од општите индикатори на кои го карактеризираат агресивното даночно планирање прилегуваат специфичните АТП индикаторите кои се однесуваат на ниво на корпорација. За да се извелкуваат заклучоци е потребна некаква форма на агрегација. Целта на агрегацијата е да се има индикатори на ниво на земја - што

¹² *James R. Hines Jr.; Anna Gumpert; Monika Schnitzer (2016). "Multinational Firms and Tax Havens". The Review of Economics and Statistics. 98 (4): 713–727. Archived from the original on 17 April 2019. Retrieved 16 August 2018. Tax havens are typically small, well-governed states that impose low or zero tax rates on foreign investors.*

¹³Закон за даночна постапка, Службен весник на Република Македонија“ 13/2006, 88/2008, 159/2008, 105/2009, 133/2009, 145/2010, 171/2010 и 53/2011); 39/2012, 84/2012, 187/2013, 15/15, 97/15, 129/ 15, 154/15, 23/2016 и 35 од 23.02.2018 година.

¹⁴Закон за данокот на добивка, “Службен весник на Република Македонија“, бр. 112/14, 129/15, 23/16, 190/16 и 248/18 од 31.12.2018 година.

¹⁵Aggressive tax planning indicators Final Report TAXUD/2016/DE/319 FWC No. TAXUD/2015/CC/131, pgv 61.

лесно се толкуваат и носат голем број информации. Теоријата разликува два посебни пристапа. Прво, се агрегираме основните стапки на специфичните показатели за просеците на ниво на земја и медијанците добијат индикација за целокупниот обем на структурите на АТП.

Во следниот чекор, се идентификуваат улогите на корпорацијата и се агрегираат по број на трговски друштва во различни улоги во сите држави каде се преместува данокот на добивка.

5. Придобивки и поседици од примена на Агресивното даночно планирање

5.1 Придобивки и од примена на АДП за корпорациите

Поддржувајќи ја определбата на корпорациите за систематско дејствување и целосна усогласеност со промените во комплексното опкружување, значителен процент од стручната јавност се оградува од ставовите на меѓународната заедница која професионално се замнимава со унапредување на даночните систем по однос на темата Агресивно даночно планирање (АДП).

Дрштвото на мулти-територијални бизниси како и дел од државите во развој, АДП го сметаат за легална постапка во бизнис зделките. Потполно е разбирливо иноваторите на агресивното даночно планирање да го поддржуваат своето дело и да го промовираат како легален начин на водење бизнис кој резултира со позитивни биланси.

Корпорациите кои се ностели на АДП имаат придобивки во еден определен период од нивниот развој. Егзактните податоци потврдуваат намалување на расходната страна во финасиските извешти по основ на трошоци за намирување на данокот на добивка. Процентот на намалените трошоци позитивно се одразува на вкупниот профит и менџментот на корпорацијата важи за успешен во своето работење. Успешна компанија сатнува предизвик за да биде соработни и бизнис партнер. Расте довербата кај коминетите, а со тоа и задоволството кај крајните корисници на добрата и услугите внатре во корпорацијата и надвор на слоборниот пазар.

Придобивки од примената на агресивното даночно планирање имаат и дел од државите со слабо развиени економии или уште познати под називот – држави во развој, како и државите кои се декларираат за даночни раеви.

Генералните политики кај овие земји се во функција на зачувување на социјалниот мир и задоволување на приземните дневнополитички потеби. На меѓународната сцена се рекламираат како иделни парчиња на земјината топка каде бизнисот има целосна поддршка од страна на институциите на системот. Гарантираат брза регистарција на странските правни лица, ниски даночни стапки, големи ослободување во законските обврски за плаќање на пидонесите за задолжително социјално и здравствено осигурување. Владини претставници посредуваат меѓу приватниот и јавниот сектор и на тој начин привлекуваат странски капитал.

Агресивното даночно планирање го прифаќаат како алатка за водење на бизнис активност што позитивно влијае на профитот на корпорациите и во зависност од транспарентноста која ја негуваат даваат директно и индиректно зелено светло за користењето на АДП механизмот.

Поголем број од државите со високо развиените економии останале глуви на непринципиелениот однос на корпорациите кои го применуваат агресивното даночно планирање се до оној момент кога финансиските импликации зеле сериозни разнери и станале закана за националните буџети.

Денес, општата перцепција за агресивното даночно планирање е во целост порменета. Сктивно се работи за изногање на најсоодветни мерки за надминување на последиците што се оставени од неговата примена.

4.3 Последици од примената на агресивното даночно планирање

Последици од примената на агресивното даночно планирање има и кај корпорациите и кај државните апарати.

Корпорациите не може до бесконечност да ги минимизираат финансиските средства кои треба да ги платат за име и на сметка данок на добивка.

АДП обезбедува начин на плаќање данок на однапред утврдената основа кој се пресметува согласно најповолните стапки во државите каде одбрале да премостат дел од бизнис активностите.

Ваквото стојалиште при анализирањето на АДП коклу и да презентира факти за легалноста и легитимноста на агресивното даночно планирање, треба да го посочи и реалниот ризик фактор.

Најголем ризик претставува неконзистентната политика и честата промена на позитивните прописи кај државите во кои се плаќа данокот на остварениот профит по пониски стапки.

Несигурноста и недовербата во правниот пордок кај овие држави може да нанесе ненедеместливи штети за корпорацијата. Отвора можност за корупција и системско изместување на организациската поставеност кое по дефинициј резултира со големи финансиски загуби. На долг временски рок постои опасност од намалување на репутацијата во бизнис заедницата и губење на клиентите и останатите деловни соработници. Државите имаат загуби и на краток и на долг временски претриод и тоа во приходната страна во нивните буџети која се полни од собирање на даноците. Помалку платен данок на добивка ги нарушува сите калкулации за очекувани приходи и ја загрозува раходната страна на државното кесе во делот на инвестициите и намирување на сите останати позиции за нормално функционирање на еден државен апарат.

6. Препораки

Инспирирана од фактот дека во нашата држава стручната јавност и стопанството сеуште не отвориле дискусија на тема - напредок во даночните предизвици, овој труд го посветив на презентирање на генериката, придобивките и последиците од механизмот Агресивно даночно планирање.

Децениските политики на привлекување на странски капитал раѓаат сомнеж дека дел од компаниите може да го практикуваат инструментот агресивното даночно планирање поради намалување на трошоците за намиравање на законски предвидените давачки во државната каса.

Претпоставките дека е возможно АДП да биде применувано од страна на домашните компаниите чии деловни активности излегле од нашите граници или пак се подружници на големи корпорации од трети земји, уште повеќе придонесе да направм еден продлабочена анализа овој феномен.

Согласно резултатите од анализата и погоре напишаното ги подвлекувам следните препораки:

Размената на информации и раната превенција е од особено значење во борбата против избегнување на плаќање даноци.

Навременото споделување на информации за АДП-системите им помага на државите да разберат нови техники за планирање на данок и го олеснува нивното откривање.

Размената на информации овозможува на земјите брзо да ги прилагодат своите стратегии за управување со ризикот и да идентификуваат соодветни законски и административни одговори.

Затоа секоја држава треба да номинира официјални владините службеници - офицери за врски прку кои на унифицирани и лесно читливи теркови ќе се споделат информации за агресивните трендови на планирање на даноците.

Час поскорпо треба да се превземат сите потребни мерките за нормирање на агресивното даночно планирање и контрола на истото.

Очекувањата се намалување на ризикот од одлевање на големи пари во државите со предзнак – даночни раеви. Со примена на соодветни мерки и активности значително да се стеснат каналите и можноста за искористување на меѓународните правни лавиринти кои се користат за премостување на корпоративните профити.

Алармирањето за штетните последици од примената на агресивно даночно планирање треба да ги поттикне и корпорациите и државите да изградат еден нов систем на доверба и обврзувачка согласност за размена на информации по брзи и ефикасни дигитални канали. Само така ќе се надмине јазот кој е настанат меѓу меќните бизнис ентитети и политиката. На обострано задоволство секој ќе се врати во опкружувањето на кое припаѓа и ќе може да се фокусира на личното унапредување.

Користена литература

- Aggressive tax planning indicators Final Report TAXUD/2016/DE/319 FWC No. TAXUD/2015/CC/131.
- Background Brief – Inclusive Framework on BEPS OECD 2017
- Primislav Markovic, Politika Ekonomija Socijalizma – Visa Skola za Spoljnu Trgovinu u Beograd, Beograd, 1966 James R. Hines Jr.; Anna Gumpert; Monika Schnitzer (2016). "Multinational Firms and Tax Havens". The Review of Economics and Statistics. 98 (4): 713–727. Archived from the original on 17 April 2019. Retrieved 16 August 2018. Tax havens are typically small, well-governed states that impose low or zero tax rates on foreign investors.
- Rusell L. Ackoff: A concept of corporate planin, Wily – interscience, a division of John and Wily and sons, New York, 1970.
- T Magazine, Tax insight for business leaders, Issue o7, Tax reform in the spotlight
- Taxation trends in European Union, Focus on the crises: The main impact on EU tax system, European Comision – Taxation and customs union, Eurostat, European Commision, 2011 edition
- Waite, Duncan. In press. "Imperial Hubris: The Dark Heart of Leadership."Journal of School Leadership; Waite, Duncan, Turan, Selhattin & Nino, Juan Manuel (2013)Oxford English Dictionary
- Деловно планирање, Бобек Шуклев, Скопје, Економски Факултет, 1993 година.
- Закон за данокот на добивка, "Службен весник на Република Македонија", бр. 112/14, 129/15, 23/16, 190/16 и 248/18 од 31.12.2018 година.
<https://www.oecd.org>
- Закон за даночна постапка, Службен весник на Република Македонија“ 13/2006, 88/2008, 159/2008, 105/2009, 133/2009, 145/2010, 171/2010 и 53/2011); 39/2012, 84/2012, 187/2013, 15/15, 97/15, 129/ 15, 154/15, 23/2016 и 35 од 23.02.2018 година.
- Корпоративни финасии/ Стивен А. Рос, Рандолф В. Вестерфилд, Џефри Ц. Џаф – Скопје: Магор, 2010, - 960 стр, фраф. прикази: 25 см.
- Сашо Арсов, Финансиски менаџмент, Скопје: Економски факултет, 2008

PROTECTING THE RIGHT TO HEALTH OF PRISON POPULATION

Jasmina Dimitrieva

Assistant Professor, Faculty of Law, Goce Delchev University
E-mail: Jasmina.Dimitrieva@ugd.edu.mk, jasdin777@gmail.com

Abstract

Inadequate medical assistance to prisoners can lead to situations falling within the scope of “inhuman and degrading treatment,” such treatment being prohibited under all major international human rights instruments. This article contributes towards heightened awareness about international and comparative systems for protection of the right to health of prison population. The used methodology encompasses legal and comparative analysis of international standards and of laws and practices of four European countries (Estonia, France, Slovenia and the UK). The research findings define the right to health of prisoners, based on the following indicators: prisoners’ enjoyment of the right to health, access to prisoner’s medical information and vulnerable prison populations. Functionally connected prison health care and health authorities enhance the enjoyment of the prisoners’ right to health under equal conditions with general population. Prisoners have the right to confidentiality of medical record like the general population has. Prison authorities have a duty to care for vulnerable prison populations’ health.

Key terms: prisoners, the right to health, international standards

1. Elaboration of the problem and methodology

Prison population, by definition belongs to vulnerable groups. It encompasses vulnerable sub-groups, such as juveniles, prisoners with mental health issues, AIDS/HIV positive, women, disabled and terminally ill prisoners. Research and statistics show a much higher number of persons belonging to this group who are drug addicts, infected with HIV or suffer from mental disorder in comparison to other population.¹

Although states may be struggling with the budget allocations for the prisoners’ health, it must not be forgotten that inadequate medical assistance can lead to situations falling within the scope of “inhuman and degrading treatment,” which is prohibited under all major international human rights instruments. Protecting health rights of prison populations have a positive impact on the overall quality of their life. Prison and other health care personnel, play an active role in the absolute prohibition of torture and ill treatment– a principle which has been set out in all major international human rights instruments.²

¹ Fazel and others, The mental health of prisoners: a review of prevalence, adverse outcomes and interventions, *Lancet Psychiatry*. 2016 Sep; 3(9): 871–881.

² McColl and others, *J R Soc Med*. 2012 Nov; 105(11): 464–471.

The purpose of this article is to shed light on the guarantees of the right to health of prison populations. Therefore, it explores international and European standards relevant for protection of the right to health of this vulnerable group. It also depicts European exemplary models and offers an outlook of the elements that must be put in place for effective protection of health of prisoners. In addition, a comparative overview provides positive examples of incorporation of international and European standards in national legislation and practice.

The methodology encompasses legal analysis of applicable international and European Standards. The right to health of prisoners was investigated based on the following indicators: the enjoyment of the right to health, access to prisoner's medical information and vulnerable prison populations. Relevant case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR) has been examined in order to depict the elements relevant for effectively guaranteeing the health rights of prison population. In addition, a comparison between selected European countries' legislation and practices regarding prison health care services provided to prison population gives a multidimensional reflection of the incorporated standards in national legislation and their implementation. For this purpose the comparative analysis examines the health care systems of four European countries Estonia, France, Slovenia and UK. While France and UK were selected to show exemplary practices from long-standing democracies, Estonia's and Slovenia's models were analysed as models of transitory countries.

A desk review of CPT reports, relevant case-law of the European Court of Human Rights, legal and policy documents of the selected countries was accompanied with a literature review related to prison health system in Europe.

The research results warrant further research into integrating international standards and good practices from the European countries into Macedonian health care system for enhanced protection of the right to health of vulnerable prison population.

2. International and European standards for protection of the prisoners' right to health

The right to health is a universal human right.³ This right is guaranteed regardless of the personal situation, i.e., if a person has been put in prison. International standards prohibit any discrimination in the provision of medical assistance, treatment and healthcare of the inmates belonging to prison populations. The right to health imposes a positive obligation on states to take measures to make the enjoyment of this right accessible to prison population, with no discrimination.

The right to health of prisoners has been guaranteed in a number of international and European human rights instruments, which among other include the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (1955); the UN Body of Principles for the Protection of all Persons under any Form of Detention or Imprisonment (1988); the UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules" 1985); European Prison Rules (Recommendation No. R(87)3 of the Committee of Ministers of the Council of Europe 1987); Standards of the Commission for Prevention of Torture (CPT) and the World Medical Association's Declaration of Tokyo (1975).

The states have consented to international standards regarding prison health care for strong reasons. First, prisoners deserve decent living conditions and adequate health care,

³ Article 25 in conjunction with Article 2 of the Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution 217, 1948.

which is comparable to health care offered to general population. Second, inadequate and belated medical assistance can lead to situations that fall within the scope of “inhuman and degrading treatment”, which is absolutely prohibited by the major international human rights. Third, resocialization and reintegration of prisoners cannot be achieved without proper care for their health and well-being while incarcerated. Fourth, putting in place effective system for infective diseases’ prevention and treatment in prisons lowers the risk of spreading infective diseases in the community.

2.1. Enjoyment of the right to health

According to international and European standards, the right to health can be effectively enjoyed by prison population, when there is no inter-dependency or subordination of health care professionals to prison officials, and when the national health care standards apply to prisoners. The principle of professional independence when translated into practical terms means that health care professionals should have unquestionable right to make independent clinical and ethical judgments, without improper outside interference. Health care professionals must also adhere to the principle of professional competence and non-discrimination. The principle of competence requires the same quality and standard of care that applies to the rest of the population. The application of the above principles helps safeguard the confidence of prisoners in the health care system. Patients’ confidence is indispensable for a prospect of success of treatments against drug abuse or HIV.

For safeguarding professional independence and for providing better medical services, the CPT considers that health care personnel should be aligned as closely as possible with the health authorities, for the following reasons:

First, health professionals’ duty to care and ethical considerations might collide with the considerations of prison management and security in prisons. Second, the quality and effectiveness of medical work must be assessed by a qualified medical authority. Third, the available resources, human resources and budgeting for medications and equipment should be managed by health authority, which possesses the required expertise, and not by the bodies responsible for security or administration. Forth, health authorities are in better position to assess the qualifications and training needs of health care personnel.

Health professionals must monitor the health condition of a prisoner put in a solitary confinement. They must inform the prison authorities if he or she has health problems. According to CPT standards, the solitary confinement should not exceed 14 days. It should be imposed under the principles of necessity, proportionality, legality and accountability.

In order to protect prisoners’ health, at least 3000 calories must be served to a prisoner, with full observance of hygiene. Sick prisoners must obtain food adequate for their health condition.

Prisoners must give informed consent before being subjected to a medical examination, treatment or procedure, unless there are strong and compelling reasons to the contrary.

Last, but not least, in addition to effective and timely medical help, the prison health care service must ensure sufficient medical equipment, orthopedic aids, medical tests and access to sufficient medications.

However, the right to health does not only encompass medical assistance, but also the living environment, clear and proper sanitation, adequate food, air and sunlight, all of which contributes to a well-being of prisoners.

2.2. Access to prisoner's medical information

For confidentiality reasons, medical records must be completed in detailed manner and maintained only by doctors and nurses. They must be accessible only to authorised persons, for valid reasons, such as prevention of infectious diseases, or continuation of the treatment after prisoner has served his or her prison sentence. In the event of a transfer of a prisoner, his medical record is forwarded to the doctors in the receiving establishment. Medical record must be made available to the prisoner and his lawyer for further procedures, investigations, as well as for further medical treatments. All medical records must be kept in accordance with the international classification of diseases (ICD).

Infectious diseases require keeping appropriate information in prisoner's medical record. It should contain data about when the prisoner contracted the disease, when he or she started the treatment, places where the infected person stayed, his or her routines and contacts with other persons for at least three weeks before the disease was detected.

Health care personnel is also under a duty to compile periodic statistics concerning infective diseases, drug users and mental health issues for the attention of prison management, the Ministry of Justice and the Ministry of Health. The above data are used to prepare and implement prevention strategies regarding infective disease, mental problems etc., and health care programmes in prisons.

2.3. Vulnerable prison populations

2.3.1. Infectious diseases

Vulnerable prison population suffers much more from infective diseases, especially hepatitis B and C, HIV/AIDS, tuberculosis and skin diseases in comparison to general population. Blood transmittable diseases like viral hepatitis are transmitted through piercing, tattoo, drug abuse, all which happens in prison. Tuberculosis easily spreads out in overcrowded cells with no ventilation and sunlight.

Health professionals must monitor and make sure that material conditions do not contribute to the spreading infectious diseases. Even if a sick prisoner is put in quarantine, as long as the source of infection is out there due to, for example, poor hygienic conditions, overcrowding or a lack of fresh air, the infection will continue to spread. Therefore, cleaning materials including hot water must be made available to prisoners. There should be proper ventilation, sunlight, access to fresh air and regular white out of prison cells; simple and inexpensive steps that if regularly undertaken by prison administration can help combat and prevent life-taking diseases.

Regarding prisoners affected with HIV/AIDS, health professionals should provide adequate counselling before and, if necessary, after any screening test. They should also educate prison staff and prisoners about the preventive measures to be taken (e.g., the use of condoms that should be made available in prisons). Confidentiality requirement also applies regarding prisoners that are infected with HIV, in order to avoid their stigmatization. The CPT has

emphasized that there was no medical justification for the segregation of prisoners affected with HIV, if they were well.

2.3.2. Life prisoners

Health care professionals must make risk assessments of life prisoners in order to determine the risk of self-injury or injury of other. Efforts must be put in order to avoid their segregation from the rest of inmates, or to limit its duration as much as possible. Life prisoners should be provided with various activities, human contact and freedom of movement within the unit, to the extent possible. Any psychological illnesses should be detected early and adequately treated.

2.3.3. Juveniles

Although it is considered that in some cases juveniles are better off when they are separated from their abusive families or dangerous company, prison or detention conditions must not do any harm to their health and general development. The juveniles must be immediately examined by a health care professional upon admission. They must be screened against drug abuse, suicidal tendencies and sexual abuse and educated about health risks. The juveniles must be able to approach medical unit on confidential basis. Juveniles should be provided with sufficient good quality food for their growth. According to CPT they should not be placed in large dormitories as that puts them at a higher risk of violence and abuse. If possible, overnight each juvenile should sleep alone in a cell. If solitary confinement for juveniles is allowed by law, it must not exceed three days, and must be accompanied with daily visits of health care staff.

2.3.4 Women Prisoners

The required equivalence of care means that health care professionals working with female prisoners must have specific training in women's health issues, including in gynecology. Female prisoners must be screened for diseases typical for this group of prisoners, such as breast or cervical cancer. Female prisoners who suffered physical, mental and sexual violence must be provided with adequate medical services. Furthermore, the specific hygiene needs of women should be adequately addressed.

3. Case – law of the European Court of Human Rights⁴

Article 3 of ECHR

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

Article 3 of ECHR prohibits torture, humiliating and denigrating treatment. Denial of timely, professional and competent medical assistance to prisoners can breach the guarantees envisaged

⁴ See also Prisoners' health rights

file:///C:/Users/NC/Documents/prison,%20health/comparative%20research/FS_Prisoners_health_ENG.pdf accessed 12.6.2019.

in this article. Ill-treatment must attain a minimum level of severity depending on the particular circumstances of the case to fall within a scope of Article 3.⁵

3.1. Enjoyment of the right to health

In two cases against France, the ECtHR established a breach of Article 3 of ECHR in connection with health rights. In *Mouisel*⁶ the applicant (a prisoner) who was suffering from cancer was not transferred to an appropriate medical facility, but was handcuffed during transportation to hospital and allegedly chained to bed during chemotherapy. In *Henaf*⁷ an elderly and sick prisoner with a psychological disorder was handcuffed in bed before operation in police presence, which was considered disproportionate to the security requirements by the ECtHR.

In the *Ghavitadze v. Georgia*⁸ ECtHR could not establish with certainty whether or not the applicant contracted hepatitis C in prison, as alleged by him. However, it found a breach of Article 3 on the account of a failure to provide the applicant with appropriate treatment and medications for tuberculosis and hepatitis C, which made the disease chronic and deteriorated his health.

In the cases *V.D. v. Romania*⁹ where the applicant was almost toothless and had no means to pay for dental services while in prison, and in two cases against Russia - *Vasilyev*¹⁰ and *Slyusarev*¹¹ where the State failed to provide the prisoners with adequate orthopedic footwear or glasses in good time, Article 3 of ECHR was also breached. The ECtHR found that a failure to provide prisoners with adequate orthopedic footwear or glasses had caused a distress and hardships for the applicants, and has thus amounted to degrading treatment.

In the case *Gülay Çetin v. Turkey*¹² which concerned a terminally ill prisoners whose requests for release were rejected, a violation of Article 3 was found. The ECtHR considered that prolonged imprisonment of the applicant with advanced cancer, who was kept in poor material conditions that adversely affected her health, amounted to inhuman and degrading treatment.

3.2. Access to prisoner's medical information

In the *Keenan* case¹³, a mentally-ill prisoner committed a suicide in the prison segregation unit. His fitness for the placement in the segregation unit was certified by a prison doctor. The ECtHR did not establish a breach of Article 2 of ECHR as the applicant's medical record did not contain information about his mental illness and, therefore the authorities could not properly assess the risk of self-harm.

⁵ *Mikadzé v. Russie*, Application no 52697/99.

⁶ Application no. 67263/01.

⁷ Application no. 65436/01.

⁸ Application no 23204/07.

⁹ Application no. 7078/02.

¹⁰ Application no. 28370/05.

¹¹ Application no. 60333/00.

¹² Application no. 44084/1.

¹³ Application no. 27229/95.

3.3. Vulnerable prison population

In *Jashi v. Georgia*¹⁴ the Court found that, albeit the applicant started receiving treatment for his personality disorder, the diagnosis and the treatment came belatedly. ECtHR was especially concerned about an unjustified refusal to enforce a court order for his admission to a psychiatric hospital for a medical examination. Although the applicant had suicidal tendencies, which prison authorities were aware of, they failed to display vigilance and diminish the risk of suicide. In conclusion, ECtHR found a breach of Article 3 of ECHR, on the account of State's failure to provide timely and adequate health care for the applicant's mental health problems, while incarcerated.

In the *Wilkinson* case¹⁵ the applicant who was suffering from mental illness (in addition to other diseases) was treated with antipsychotic medication against his will. The ECtHR did not find a violation of Article 3 of ECHR as medical necessity also included administering antipsychotic medication, imposed as part of a therapeutic regime in a manner that avoided causing harm. It was a decision of a national medical authority to decide about the treatment, taking into account the margin of appreciation.

Regarding adequate conditions of imprisonment for disabled prisoners, the European Court of Human Rights (ECtHR) deemed it unacceptable to use unskilled prisoners as assistance to seriously sick and disabled prisoners. In *Farbtuhs v. Latvia*¹⁶, the applicant, who was severely disabled and 84 years of age (when sent to prison), complained, *inter alia*, about a lack of appropriate continuous medical assistance and supervision. In particular, although he was assisted during working hours by the prison health care personnel and from time to time by his family, for the remainder of the time he depended on his inmates' voluntary help for basic needs. The ECtHR found that this practice was incompatible with Article 3 of the ECHR. A similar conclusion was reached by the ECtHR in *Semikhvostov v. Russia*¹⁷. The judgment emphasised the positive obligation of the State to ensure adequate conditions of imprisonment for a wheelchair bound inmate with seriously deficient eye sight. The applicant alleged that, for example, he was unable to use the lavatory or get access to shower or medical unit without a help from the inmates who he had to compensate with money or cigarettes. The ECtHR considered that even if the inmates had helped the applicant voluntarily and free of charge that did not absolve the State from its obligations: "...to remove the environmental and attitudinal barriers which had seriously impeded [the applicant's] ability to participate in daily activities with the general prison population...".

Case of *Kupczak v. Poland*¹⁸ concerned a paraplegic detainee who had a morphine tube implanted in his body as he suffered from a severe pain. However, for a certain period of time after his arrest, the morphine tube was not functional. Although he was receiving strong pain killers they were not sufficient to relieve his suffering. The ECtHR found that Mr Kupczak suffered inhuman and degrading treatment, contrary to Article 3, since he had not been provided with adequate medication for chronic back pain for about two years.

¹⁴ Application no. 10799/06.

¹⁵ Application no. 14659/02.

¹⁶ Application no. 4672/02.

¹⁷ Application no. 2689/12.

¹⁸ Application no. 2627/09.

4. Comparative study

The study focuses on a comparison among legislation and practices of selected European countries: Estonia, France, Slovenia, and UK regarding the enjoyment of the right to health, access to medical information and vulnerable prison populations.

4.1. Enjoyment of the right to health

A short review of comparative practices of the United Kingdom and France discloses that they have transferred their health services under a direct competence of the health authorities in order to achieve equal health treatment, while Estonia and Slovenia gradually achieve this goal.

Since 1994, the French penitentiary health care services have been integrated into the public health care.¹⁹ Public hospitals provide a health care in nearby prisons, by setting-up a consultation and outpatient service in each prison. Prisoners can receive primary health care, medical examinations, dental care, screening for communicable diseases, specialist medical care and medications around the clock.²⁰ Prisoners are hospitalized in secured rooms in hospitals, or in units in interregional hospitals, where security is provided by prison staff. Medical teams visit at least twice per week persons who are put in a solitary confinement. All their visits are recorded. Health care professionals provide an opinion as to termination of the solitary confinement for health reasons. National Health Service performance monitoring systems extend to include prison health care.

The UK's model of integrated health care shows that prisons have medical centers with in-patient beds. There help is also provided to drug and alcohol addicts, and to prisoners who have contracted HIV/AIDS. Health care teams arrange for visits by specialists in prisons, or for medical treatments in public hospitals. Primary care is provided by general practitioners (at least one per prison), dentists, nurses, pharmacy staff, while secondary care is provided by psychiatrists, mental health nurses, psychologists and substance misuse nurses.²¹

Estonian model of health care in prisons is a part of the national health care system. Prisoners receive primary and secondary treatment in medical unit of the prisons. The prisoners are subjected to medical examination upon their arrival to check their health and if they are infected with tuberculosis, hepatitis and HIV. Emergency care is accessible around the clock. Prison health care personnel organises for the provision of specialized treatments outside prisons.

Health services provided by prisons' health care units in Slovenia encompass services of general practitioners, dentists, dermatologists, gynecologists, and psychiatrists. These medical services are provided to prisoners several days in a week or month. Medical staff that provides medical services in prisons is contracted through a public tender. Prisoners may be treated in special medical premises or secure department in one of the prisons as per recommendation of the doctor providing health care in prison and upon consent of the doctors in the receiving establishment. On medical grounds prisoners are placed in hospitals and medical centers outside

¹⁹ Law on Public Health and Social Protection, 1994, consolidated 2016.

²⁰ International Centre for Prison Studies, Prison Health and Public Health: The integration of Prison Health Services Report from a conference (2004) part on France.

²¹ Sauvé, Education and Training Framework for Staff Providing Healthcare in Prisons (2005) p. ii.

prisons. The gradual integration with the general public health system made doctors available to prisoners also during night shifts and weekends.

In all four examined models public funds are used to cover medical expenses for the treatment of prisoners. In France as a rule, prisoners are included in the public health security scheme, from the moment of their incarceration. The costs are covered by the central government, similarly to Estonia. In UK prisoners are offered free medical treatment upon approval of health care professionals. In 2003, the budget for health care in prisons was moved from the Prison Service to the National Health Service local bodies, within a transition period (3-5 years).²² In Slovenia, prisoners adhere to the compulsory insurance against sickness and injury outside and during working hours and for occupational diseases. The insurance fees are paid out of the central government budget. Compulsory psychiatric treatment is also covered by the central government budget.

4.2. Access to prisoner's medical information

In UK, health examination is carried out upon prisoner's admission and his or her medical record is created. Medical records are confidential and accessible only to prison health care staff and to the patient, unless he /she consents to information sharing. Medical information, which is adequate for its purpose, may be shared with the National Health Service, social care agencies, adjudication panel, parole board and doctors following prisoner's release.²³ National database of medical records is maintained electronically.

In France, prison administration is under a legal duty to respect medical confidentiality of prisoners, including confidential medical consultations. Boxes where prisoners can easily deposit messages for prison health care service are installed in prisoners' areas. The boxes (in some prisons) are daily opened only by health care personnel. Electronic medical files are kept for each prisoner, which can only be accessed by the prison health care unit, specified health bodies and the prisoner. In case of transfer or release, medical information is transferred under the principle of confidentiality to ensure the continuity of medical treatments.

Providers of health care services and persons participating in the provision of health care services are also obliged to keep the confidentiality of medical information in Estonia and Slovenia. In the former, health care providers must ensure that information contained in medical documents does not become known to unauthorized persons unless otherwise prescribed by law or in agreement with the patient.²⁴ In Slovenia the medical record is available only to health care professionals, to independent supervisory bodies and to the Health Insurance Institute. Only general information about prisoner's health and disabilities is entered into prisons' database. The health care providers are connected by electronic network for easy transfer of medical data.

4.3. Vulnerable prison populations

In France, prisoners with mental illness have access to prison specialist health units. They can also be detained in a psychiatric hospital without their consent for legitimate medical

²² International Centre for Prison Studies, *Prison Health and Public Health: The integration of Prison Health Services* Report from a conference (2004) part on UK.

²³ Guide on the protection and use of confidential health information in prisons and inter-agency sharing 1/2002.

²⁴ Law of Obligations Act (2001), § 768. Duty to maintain confidentiality.

reasons. In some prisons there are long-term programmes for treatment of substance abusers, or doctors may arrange a support from Narcotics Anonymous or Alcoholics Anonymous.²⁵ In Slovenia, drug users can be treated in an appropriate institution outside the prison, upon agreement of the prison director and in accordance with medical expert opinion.

In UK, monitoring systems are in place for blood borne virus infections in prisons.²⁶ The Prison Infection Prevention team and prison health care personnel cooperate for infectious diseases surveillance.²⁷ Prisoners who contract infectious diseases are isolated during the period of infection and receive a medical treatment. The standards to prevent, treat and report communicable diseases in prisons are issued by health authorities via Health Protection Services Prison Network.²⁸

In Estonia, prisons provide adequate premises for pregnant prisoners and organise a child care. A mother and her child can live together in the prison until the child reaches the age of three, when requested by the mother, and upon a guardianship authority's consent. Afterwards, the prison service ensures that the ties of a mother with her child are kept unless that is not in the best interest of the child.²⁹

The UK prisons have a disability liaison officer and available facilities for disabled prisoners. Disabled prisoners should not be placed in the prison's health care center, except for a justified reason. The health care team ensures the necessary assistance to disabled prisoners. In France, disabled prisoners may designate a person of their choice to help them with a daily routine. Prison authorities may oppose the choice of the helper for a legitimate reason. In Slovenia, prisons have specially adapted premises for prisoners with a disability. France grants a compassionate release. Imprisonment can be suspended for prisoners whose state of health is seriously degraded by prison conditions, upon medical opinion and judicial order.

Conclusions

Prisoners have the right to health and must enjoy that right in all prisons on equal conditions with the general population. A lack of adequate and timely health care may constitute inhuman, or degrading treatment, or even torture, which is prohibited in absolute terms under Article 3 of ECHR.

The research findings show the desiderata for organizational and institutional set-up of prison health services. The prison health care must be functionally connected with the health administration of the particular country in order to provide independent, competent and timely health care to prisoners. Improved coordination between prison health care service and health administration will contribute towards equal and enhanced medical care and an enhanced use of medical resources.

Detailed and accurate medical information must be collected, kept and transferred if prisoner is transferred to another establishment. The confidentiality requirements is observed when access to medical information is limited to health care personnel and the prisoner.

²⁵ Sauvé, Education and Training Framework for Staff Providing Healthcare in Prisons (2005) pp. 45-50.

²⁶ UK, Prison Service Order, Continuity of Healthcare for Prisoners 3050/2006.

²⁷ Department of Health/Health Protection Agency, Health Protection in Prisons, Report 2009-2010.

²⁸ Standards for Health Protection Units in relation to Health Protection in Prisons, 2012.

²⁹ Imprisonment Act (2000), § 54.

However, prisoner's medical information can be shared if there is a justified reason, such as preventing epidemics or collecting data for research. Prisoners affected by HIV/AIDS, who are often stigmatized, also have the right their medical record to remain confidential.

From international standards and comparative analysis, it transpires that prison authorities have a duty to care for terminally ill, disabled and mentally ill prisoners. 1) Terminally ill prisoners must be provided with adequate palliative care. In case of inadequate imprisonment conditions they must be released. 2) Appropriate psychological assistance must be provided to mentally ill prisoners, free of charge. A risk of suicide must be also assessed and measures taken in good time to prevent self-harm. Life prisoners often suffer from mental illness, therefore they must be provided with timely and adequate psychological help. Their life must be also organised in a way that does not contribute to developing a mental illness. 3) It is necessary to have special arrangements in place for disabled prisoners. Special arrangements should include premises and toilets accessible to disabled prisoners, specially designated assistance around the clock and a prison officer responsible for the assistance of disabled prisoners. In addition to adequate and timely health care, prison health care service must ensure orthopaedic and other aids, as their denial may attain the threshold of severity of treatment prohibited under Article 3 of ECHR.

The failure to provide for hygienic specific needs of female prisoners can amount to degrading treatment prohibited under Article 3 of the ECHR. Therefore, all provisions should be made to ensure protection of the health of female prisoners, also when they are mothers and have their child with them in prison.

In order to protect public health, prisons must have effective systems for infective diseases' prevention, monitoring and treatment. Such system is needed to prevent and stop spreading further infective diseases by prison wardens and staff, prisoners' visitors, or when prisoners are released from prison.

Bibliography

Books, policy briefs, reports, treaties

- Albrecht and others, Slovenia: Health System Review (2009)
CPT reports from visits to France and Government responses (2000, 2001, 2003, 2004, 2012, 2015, 2018)
CPT reports from visits to Slovenia and Government responses (1996, 2002, 2008, 2013, 2017)
Department of Health/Health Protection Agency, Health Protection in Prisons, Report 2009-2010
H. Nys, et al., "Patient Rights in the EU - Estonia", European Ethical-Legal Papers N°5, Leuven, 2007
International Centre for Prison Studies, Prison Health and Public Health: The integration of Prison Health Services Report from a conference (2004)
Koppel A, Kahur K, Habicht T, Saar P, Habicht J and van Ginneken E. Estonia: Health system review. Health Systems in Transition. 2008; 10(1): 1-23
Silvestri, Prison conditions in the United Kingdom (2013)
Sauvé, Education and Training Framework for Staff Providing Healthcare in Prisons (2005)
UK Chief Medical Officer, Annual Report Volume Surveillance 2012
Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution 217, 1948
WHO, Prisons and Health (2014)

1. Legislation, case-law

1.1. Estonia

Public Health Act (1995)
Imprisonment Act (2000)
Health Services Organisation Act (2001)
Law of Obligations Act (2001)

1.2. France

Law on Public Health and Social Protection, 1994, consolidated 2016
Penitentiary Law, 2009
Public Health Code, consolidated version 2016
Social Security Code, modified 2016

2.3. United Kingdom

Guide on the protection and use of confidential health information in prisons and inter-agency sharing 1/2002
Health and Social Care Act, 2012
Health Protection Services Prison Network, Standards for Health Protection Units in relation to Health Protection in Prisons, 2012
Prison Act 1952
Prison Service Instruction 17/2012 – Certified Prisoner Accommodation 2012
Prison Service Order, Continuity of Healthcare for Prisoners 3050/2006
Prison Service Order, Quality in Prison Healthcare 3100/2003

2.4. European Court of Human Rights Case-law

Farbtuhs v. Latvia, application no. 4672/02.
Henaf v. France, application no. 65436/01
Ghavitadze v. Georgia, application no 23204/07
Gülay Çetin v. Turkey, application no. 44084/1
Jashi v. Georgia, application no. 10799/06
Keenan v. UK, application no. 27229/95
Kupczak v. Poland, application no. 2627/09
Mikadzé v. Russie, application no 52697/99
Mouisel v. France, application no. 67263/01
Semikhvostov v. Russia, application no. 2689/12
Slyusarev v. Russia, application no. 60333/00
Tali v. Estonia, application no. 66393/10, 13.02.2014
V.D. v. Romania application no. 7078/02
Vasilyev v. Russia, Application no. 28370/05
Wilkinson v. UK, application 14659/02

2. Journals

Fazel and others, The mental health of prisoners: a review of prevalence, adverse outcomes and interventions, *Lancet Psychiatry*. 2016 Sep; 3(9): 871–881

McCull and others, *J R Soc Med*. 2012 Nov; 105(11): 464–471

3. E-resources

CoE Treaty Office, official web site, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> accessed 11.6.2019

Council of Europe Annual Penal Statistics, Prison Stock, <http://wp.unil.ch/space/space-i/prison-stock-2014-2015> accessed 12.6.2019

Description of the health system of Estonia, <http://kontaktpunkt.sm.ee/eng/healthcare-management-system-in-estonia/description-of-the-health-system-of-estonia.html> accessed 12.1.2019.

European Court of Human Rights (ECHR) database, <http://hudoc.echr.coe.int/eng> accessed 1.5.2019

High Health Authority <http://www.has-sante.fr/portail>

Prisoners' health rights

file:///C:/Users/NC/Documents/Documents/prison,%20health/comparative%20research/FS_Prisoners_health_ENG.pdf accessed 12.6.2019

UN Treaty Office, official website, <https://treaties.un.org> accessed 11.6. 2019

SCOPE AND QUALITY OF LEGAL PROTECTION AFFORDED TO COMPUTER PROGRAMS AS OBJECT OF INTELLECTUAL PROPERTY

Jelena Stojšić Dabetić

PhD, Assistant Professor

Faculty of Law, University Business Academy in Novi Sad
j.stojasic.dabetic@pravni-fakultet.info

Predrag Mirković

PhD, Assistant Professor

Faculty of Law, University Business Academy in Novi Sad
mirkovic@pravni-fakultet.info

Abstract

Computer programs are basic components of the usage of digital technology in all aspects of modern life, so the question arises as to how can current legal rules follow the development of digital technology i.e. computer programs as well as modalities of its usage. The use of digital technology, especially via creation of computer programs, affects the law, and, consequently, leads to the need for adjusting already established legal mechanisms or for creating new ones for this aspect of legal relations. Since creation and usage of computer programs is basically result of human creative activity (intellectual property), the need arises to position and classify, as well as to define rights, obligations and legal protection of subjects and objects involved in these legal relations. Computer program, in the context of the law of Republic of Serbia, is treated as an object of copyright, while comparative law analyses shows different legal treatments in national laws in the region. Having in mind that computer technology develops far more faster than legal regulation can follow, question arises as to what is current scope and quality of legal protection of computer programs, as object of intellectual property. Defined issues will be analyzed within legal systems of the states in the region – Republic of Serbia, Republic of Croatia, Republic of Montenegro and Bosnia and Herzegovina, as well as in the wider context of the law of the European Union and the process of harmonization of national laws with community law.

Keywords: *computer programs, intellectual property, copyright law, legal protection*

1. Introductory remarks – information society and intellectual property

It has become common to define modern society as “information society”, even “digital society”. Beginning of XXI century was marked by rapid growth in the usage of digital technology which led to new understanding of information, thereby defining society as determined by economic and social dimensions of information. Information is defined as non-

material good, and is basically product of human mind and creation¹, therefore object of intellectual property. Author's work is, indeed, a kind of information, and that makes it a public good. Once created, it has positive external effects, being suitable for communication, enjoyment and lesson to everyone.

Economic and political significance of intellectual property is highly regarded in information or digital society, as society that developed with the beginning of XXI century. Information technology processes data in order to supply society with intellectual information which, finally, turns into knowledge as an economic value by itself and crucial factor of economy².

With every new technical item for mass communication, new possibilities appear for economic use of copyrightable creations, therefore copyright law must adapt itself to new challenges, mainly in the aspects of pecuniary rights of the author, in order to stay effective.

With the expansion of computer programs, as commercial goods of immense significance, on which depend almost all aspects of social as well as economic life, law of intellectual property faces new challenges. In the 70es and 80es of the last century computer programs were introduced as objects of intellectual property, firstly in USA. Later, this approach was adopted in almost all national laws. The development of computer programs requires the investment of considerable human, technical and financial resources while computer programs can be copied at a fraction of the cost needed to develop them independently. This is where the growing need for adequate copyright protection takes place.

Differences in national laws regarding legal protection of computer programs often have direct and negative effects on the functioning of inter-state economy and market. It is usual that computer programs enjoy copyright protection as literary works. But, it must be distinguished that only the expression of a computer program is protected, while ideas and principles which underlie any element of a program, including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright. This will be discussed later in the paper.

This paper will offer an overview of copyright law, primarily in Serbian law, and how it embraces computer programs as author's work i.e. objects of intellectual property.

2. Computer programs and copyright– general remarks

Computer programs are results of the use of digital technology. They can be defined is a set of instructions for the computer, without the purpose to transfer the information contained in it to another person, so cannot be qualified as a form of interpersonal communication. The essence of its value is in its functionality i.e. making machine or computer drivers work.

To begin with small but important semantic remarks – difference between computer program and software. Computer program is rarely object of legal definition due to fast development of digital technology which would make any attempt of defining outdated and futile. Technically, computer program can be defined as sequence of orders or instructions whose purpose is to order a computer to exercise certain tasks or functions, whatever the mode, language or notation it takes. Software is broader term, in technical sense, which is made of

¹ David P.A, Foray, D., *Economic Fundamentals of the Knowledge Society*, Policy Features in Education – An e-Journal, special issue Education and the Knowledge Economy, Vol. 1, No. 1, 2003, 25.

² Marković, S, *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2018, 19-22.

two or more computer programs, preparatory design material (description of program) and additional, user's information. In European legislation software and computer programs are used in the same meaning, interchangeably. European Union Directive on the legal protection of computer programs³ defines computer programs as programs in any form, including those which are incorporated into hardware, but also including preparatory design work leading to the development of a computer program provided that the nature of the preparatory work is such that a computer program can result from it at a later stage.

The function of a computer program is to communicate and work together with other components of a computer system and with users. Often, it is necessary to make physical interconnection and interaction in order to permit all elements of software and hardware to work with other software and hardware and with users. The parts of the program which provide for such interconnection and interaction between elements of software and hardware are generally known as 'interfaces', while this kind of functional interconnection and interaction is generally known as 'interoperability'.

Legal framework that regulates copyright and related rights in Republic of Serbia consists of The law on Copyright and Related rights⁴, Regulations on the conditions to be fulfilled the copies of copyright protected works and subject matter of related rights which are deposited, entry in the register and deposition of copyright protected works and subject matter of related rights and the contents of the registration of deposited copyright protected works and subject matter of related rights with the competent authority⁵, The Law on Special Powers for the Purpose of Efficient Protection of Intellectual Property Rights⁶, and other relevant laws⁷ as well as international regulation which includes WIPO Treaties and EU Directives.

Object of copyright law is author's work as individual creative expression of the author, therefore the barrer of rights defined and guaranted by copyright law is the author, as a person who created something using his independent intellectual activity.

Computer programs in any form of their expression, including their preparatory design material and other are enjoying protection same as written works. This solution resembles The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works⁸, as well as EU Directive on the legal protection of computer programs⁹.

A work of authorship, in the context of The law on Copyright and Related rights of the Republic of Serbia is an author's original intellectual creation, expressed in a certain form, regardless of its artistic, scientific or some other value, its purpose, size, contents and way of manifestation, as well as the permissibility of public communication of its contents. As works of authorship are deemed in particular written works (e.g. books, brochures, articles, translations, computer programs in any form of their expression, including their preparatory design material and other), spoken works (lectures, speeches, orations, etc.); dramatic, dramatic-musical, choreographic and pantomime works, as well as works originating from

³ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, L 111/16, EN.

⁴ Official gazette of RS 104/09 and 99/11 and 119/12, decision of Constitutional Court - 29/16

⁵ Official Gazette RS", No. 45/2010; since July 3, 2010; in force since July 11, 2010

⁶ Official Gazette of the RS", no. 46/06, 104/09

⁷ <http://www.zis.gov.rs/legal-regulations/laws-and-regulations.110.html>

⁸ 1971, <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>

⁹ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, L 111/16, EN.

folklore; works of music, with or without words; films (cinema and television); fine art works (paintings, drawings, sketches, graphics, sculptures, etc.); works of architecture, applied art and industrial design; cartographic works (geographic and topographic maps); drawings, sketches, dummies and photographs; the direction of a theatre play.

Applying copyright rules that refer to the literary works to the protection of computer program, we see that the protection includes not only the sequence of characters to which the program is encoded but also their significance. This way, copyright protection includes the method of concretizing the algorithm, but not the algorithm himself¹⁰.

3. Object and conditions of copyright protection

For the establishment of subjective copyright there is no formal procedure (as there exist for patents) i.e. there is no author's work that could not fulfill conditions for being an object of copyright, since it is regarded as intellectual work that is creative expression of the author. The criterion for protection was always the originality of the work i.e. the individual stamp that the author gave his work. On the other hand, the programming technique of the day involves the use of program tools that are pre-prepared, reducing the space for the originality of the computer program and jeopardizing the originality of the expression of the author of the program itself.

A computer program shall be protected if it is original in the sense that it is the author's own intellectual creation. No other criteria shall be applied to determine its eligibility for protection.

In Republic of Serbia, keeping records and deposition of author's work is based on voluntary system. Competent authority is The Intellectual Property Office, and the purpose of protection is securing evidence for authors and other copyright holders. The holders of copyright and related rights may deposit copies of their works and subject-matters of related rights with the competent authority who shall keep a record of each kind of works of authorship and subject-matters of related rights. The data entered in the records shall be deemed true until proven to the contrary.

4. Scope of copyright protection

Author or coauthors shall enjoy moral and pecuniary rights with regard to his/her work of authorship - computer program/ software, from the moment of its creation. The author of the work shall be the holder of copyright. Besides the author, the holder of copyright may also be a person who is not an author who has acquired the copyright in accordance with The law on Copyright and Related rights.

Pecuniary rights shall last for the life of an author and 70 years after his/her death. Moral rights of an author shall last even after the expiration of his/her pecuniary rights. Co-authors' pecuniary rights shall expire after 70 years elapse from the death of the author that was the last to die.

Author's pecuniary rights include exclusive right to authorize or prohibit fixation or reproduction of his work in total or partially, by any means, in any shape, in any manner, permanently or temporarily, directly or indirectly. In the context of computer programs,

¹⁰ Marković, S, *op. cit.* note 3, 150.

reproduction includes storage of the work in electronic form into the memory of the computer, as well as operation of the program in the computer. Pecuniary rights also include exclusive right of author to place originals or multiplied copies of his work on the market or to do so by sale or other means of property transfer.

Author of the computer program has exclusive right to give permission or prohibit renting the originals or the multiplied copies of his/her work, as well as to borrow a copy of computer program. So called "internet clause" gives the author of computer program exclusive right to communicate his/ her work to the public by wire or wireless means including the making available in such a way that member of the public may individually access the work from a place and at a time he/she chooses. Pecuniary rights also include right to adapt, arrange or alter the work in some other manner.

If the author's work is computer program there are special conditions as to suspension of exclusive rights, better known as three step test. The person who has legitimately obtained a copy of computer program for his/her own usual use, may store the program in the computer memory and run the program, eliminate errors in the program and make any other necessary changes in it, in accordance with its purpose, unless otherwise provided by contract, make a one back-up copy of the program on a lasting tangible carrier, decompile the program exclusively for the purpose of obtaining the data necessary for making that program inter-operational with some other independently developed program or some hardware. This modalities of usual use can be done without the author's permission and without paying any remuneration.

Also, any person shall have the right of temporary reproduction of the work of authorship without the author's permission and without paying any remuneration, under the conditions that the reproduction is transient or incidental, that reproduction is an integral and essential part of a technological process, that purpose of reproduction is to enable a transmission of data in a network between two or more persons through an intermediary, or to enable a lawful use of a work of authorship, and that reproduction does not have independent economic significance. Explicitly it is not allowed to reproduce computer programs for personal non-commercial needs, in order to enable legal usage of computer program.

If a computer program was produced on the basis of a contract on commissioning a work of authorship, the commissioning party shall acquire all rights to the exploitation of that computer program, unless otherwise provided by the contract.

If an author has created a work as an employee in the performance of his/her duties, the employer shall be authorized to disclose such work and to hold exclusive pecuniary rights on its exploitation within the scope of the employer's registered business for the period of five years from completion of that work, unless otherwise provided by a general regulation or employment contract. The author shall have the right to special remuneration, depending on the proceeds of the work's exploitation. If the work of authorship is a computer program, the permanent holder of all exclusive pecuniary rights on such work shall be the employer, unless otherwise provided for in the contract.

The infringement of the copyright or related rights is the unauthorized performance of any act encompassed by the exclusive rights of the holder of copyright or related rights, not paying remuneration prescribed by The law on Copyright and Related rights or contract, as well as inobservance of other obligations due to the holder of copyright or related rights, as prescribed by The law on Copyright and Related rights.

Any holder of copyright or related rights may file a suit and request determination of the infringement of a right, termination of the infringement of a right, destruction or alteration of the objects instrumental to the infringement on rights, including copies of the subject-matter of protection, their packaging, stencils, negatives and the like, as well as destruction or alteration of the tools and equipment that has been used for production of the objects instrumental to the infringement of rights, if so is necessary for the protection of rights, compensation for material damages, and finally publication of the court decision at the defendant's expense. If the infringement of a pecuniary right was done intentionally or by gross negligence, the plaintiff may, instead of indemnity for material damage, claim up to threefold amount of usual remuneration that would have been paid had the concrete protected subject-matter been used lawfully. Proceedings for the infringement on copyright and related rights shall be urgent. Protection is also afforded via criminal law proceedings and economic offences.

But, how does it work in practice?

The software industry offers its computer programs on the market via CD, packed with the appropriate instruction in an adequately marked box with the necessary data and trademark of the manufacturer. A transaction that takes place in the store looks like a classic purchase, but it is actually copyright agreement (license agreement), and the price paid is regarded as copyright or license fee. The box contains the text of the access agreement, which clearly defines for which purposes the program can be used, on how many computers it can be installed, how many computers connected to it can access, what is the amount of the contractual penalty in case of contract breach, etc. In this way, software makers do not rely on copyright protection, but resort to contractual protection. As expressing the consent of the willingness to enter into such a contract, a judicial comparative practice has brought about the concurrent action of splitting the protective film into which the CD is wrapped (shrink-wrap license), or the mouse click on the field *I accept* on the screen (mouse/click/enter license)¹¹.

In the case-law it is defined that the process of running a program in the computer itself is its multiplication. This attitude is further accepted in the EU law. Thus, the legal use of a computer program implies the obligation to obtain a license from the copyright holder for such form of use. Therefore, when a person without the consent of a copyright holder records a computer program from the Internet and uses it, it is a copyright infringement, but this is not the case when it records music or a movie.

Serbian law uses the term user of computer program, rather than the owner. This leads to conclusion that software can never be bought but only given for use under certain conditions defined by the author or holder of the copyright, i.e. by some kind of license system as the only way to use a software. EU Directive on the legal protection of computer programs uses the terms: "rental"¹² of computer program, a lawful acquirer of computer program or a copy of computer program, a person having a right to use computer program, and etc, which leads to the conclusion that some kind of license system is the only way to use a software.

¹¹ *Ibidem*, 148.

¹² The term 'rental' means the making available for use, for a limited period of time and for profit-making purposes, of a computer program or a copy thereof.

5. Brief overview of EU and regional legislation

According to the EU Directive on the legal protection of computer programs, the exclusive rights of the author to prevent the unauthorized reproduction of his work should be subject to a limited exception in the case of a computer program to allow the reproduction technically necessary for the use of that program by the lawful acquirer. This means that the acts of loading and running necessary for the use of a copy of a program which has been lawfully acquired, and the act of correction of its errors, may not be prohibited by contract. In the absence of specific contractual provisions, including when a copy of the program has been sold, any other act necessary for the use of the copy of a program may be performed in accordance with its intended purpose by a lawful acquirer of that copy. A person having a right to use a computer program should not be prevented from performing acts necessary to observe, study or test the functioning of the program, provided that those acts do not infringe the copyright in the program. The unauthorized reproduction, translation, adaptation or transformation of the form of the code in which a copy of a computer program has been made available constitutes an infringement of the exclusive rights of the author. Nevertheless, circumstances may exist when such a reproduction of the code and translation of its form are indispensable to obtain the necessary information to achieve the interoperability of an independently created program with other programs. Only in these limited circumstances, performance of the acts of reproduction and translation by or on behalf of a person having a right to use a copy of the program is legitimate and compatible with fair practice and must therefore be deemed not to require the authorization of the right holder. An objective of this exception is to make it possible to connect all components of a computer system, including those of different manufacturers, so that they can work together. Such an exception to the author's exclusive rights may not be used in a way which prejudices the legitimate interests of the right holder or which conflicts with a normal exploitation of the program.

Directive offers special measures of protection for computer programs, which Member states are expected to enroll in national legislation. Member states should provide in national legislation appropriate remedies against a person committing any act of putting into circulation a copy of a computer program knowing, or having reason to believe, that it is an infringing copy; act of possession, for commercial purposes, of a copy of a computer program knowing, or having reason to believe, that it is an infringing copy, or any act of putting into circulation, or the possession for commercial purposes of, any means the sole intended purpose of which is to facilitate the unauthorized removal or circumvention of any technical device which may have been applied to protect a computer program. Any infringing copy of a computer program shall be liable to seizure.

The Republic of Croatia has regulated legal and legislative intellectual property protection since the second half of the 19th century. Today, as EU Member state, it has achieved high quality of the relevant legislation and its compliance with the highest international standards. Moreover, the harmonization of the legal framework in the field of intellectual property law with the *acquis communautaire* was completed and standards of the most developed EU Member States in applying intellectual property as development resources are established. The competent authority for all the tasks concerning monitoring, analyzing and providing recommendations for the implementation of new regulations and legal institutes in the Republic of Croatia is the State Intellectual Property Office. Copyright and related rights in the Republic of Croatia are regulated by Copyright and Related Rights Act and Act on

Amendments to the Copyright and Related Rights Act¹³. In the Republic of Croatia computer programs are protected as copyright works of language. The protection provided for in this Act for databases, shall not apply to computer programs used in the making of databases accessible by electronic means or in the operation thereof. The right of revocation does not apply to electronic databases and computer programs. Also, special obligations of the right holder regarding removing special protective measures in order to enable the users or their associations access to such works and the use thereof, do not apply to computer programs. Protection of technological measures does not apply to computer programs.

Special provision for computer programs are grouped in Chapter 8 of the Act, which include definition of computer program and special case of computer program created in the course of the employment, exclusive rights of the author of computer program (permanent or temporary reproduction of a computer program by any means and in any form, translation, adaptation, arrangement and any other alteration of a computer program, and the reproduction of the results thereof, any form of distribution of the original or copies of a computer program, including the rental thereof) and exceptions (including error correction, the making of a back-up copy, observe, study or test the functioning of a program in order to determine the ideas and principles that underlie any element of the program, if he does so while performing any of the acts of loading, displaying, running, transmitting or storing the program which he is entitled to do), decompilation in order to obtain the information necessary to achieve the interoperability of an independently created program with other programs, and special measures of protection regarding infringements of the rights in a computer program. Computer programs shall not be subject to public lending.

In the Republic of Montenegro, copyright and related rights are protected by The law on Copyright and Related rights¹⁴. Computer programs are afforded copyright protection as written works, and special Section B is dedicated to protection of computer programs, which includes definition of computer program, right of reproduction and limitations, decompilation and creation of computer program in course of employment.

In Bosnia and Herzegovina, copyright and related rights are protected by The law on Copyright and Related rights¹⁵. Computer programs are afforded copyright protection as written works, and special Section 4 is dedicated to protection of computer programs, which includes definition of computer program, right of reproduction and limitations, decompilation and creation of computer program in course of employment.

6. Limitations to copyright protection

Computer program is complex copyrightable work, and contains a set of copyrightable elements. Copyright law provides protection against the literal copying of a work or parts of it, but does not provide protection against borrowing ideas, methodologies, technical solutions and processes contained in the work. Methodologies, themes, ideas, concepts, colors and etc. are not protected copyright objects. According to Serbian Law on Copyright and Related rights the protection of copyright shall not apply to general ideas, procedures and methods of operations or mathematical concepts as such, as well as concepts, principles and instructions

¹³ OG No. 167/2003, 79/2007, 80/2011, 141/2013, 127/2014, 62/2017, 96/2018

¹⁴ "OG CG", no. 37/2011 and 53/2016.

¹⁵ OG BIH XIV /63/, 3. avgusta 2010.

included in a work of authorship. Explicitly, the following shall not be deemed works of authorship: laws, decrees and other regulations; official materials of state bodies and bodies performing public functions, official translations of regulations and official materials of state bodies and bodies performing public functions; submissions and other documents presented in the administrative or court proceedings.

Copyright law protects the specific form of expression of certain elements that make for computer program, not the elements themselves, which enjoy protection as industrial property, mainly patent protection.

In national laws, as well as on European level, there is a statutory ban on protecting computer programs as patentable inventions or utility models. As patentable inventions within the meaning of Art. 7/4 of the Law on Patents of the Republic of Serbia are explicitly excluded “discoveries, scientific theories and mathematical methods; aesthetic creations; plans, rules and procedures for performing intellectual activities, playing games or performing tasks; computer programs and displaying information. The European Patent Convention (Article 52 § 2) also expressly excludes from the scope of the definition of patentable inventions: computer programs, artistic creation, plans, rules and methods of mental activity, playing games or business activities, the presentation of information, discoveries and mathematical methods¹⁶. Never the less, computer programs can enjoy patent protection as part of other inventions, because the prohibition only applies to cases where legal protection is sought for computer programs as such but software i.e. computer program can be patented as part of invention/hardware if it meets prescribed legal conditions.

Representatives of the software industry in the United States consider that copyright law does not provide sufficient protection to computer programs, but it is necessary that computer programs be subject to patent protection. The justification is that the creative essence of the computer program is its algorithm which is further elaborated in the form of instructions for the work of the computer. The algorithm is considered an idea, and it does not belong to the subject of copyright protection, and it is possible to use the algorithm inappropriately. By patent protection, the algorithm itself would be protected.

In practice, it is unclear what constitutes the idea or procedure or method of work in the computer program, and when it comes to the processing of the program, copyright law protection is not efficient. The more effective it is to indicate the protection from the production and distribution of unauthorized copies of the program.

The facility of unauthorized high-quality copying of computer programs leads to the situation that many computer users are purchasing and using cheaper, unauthorized copies of the program. Software industry reported on the need to sanction the use of unauthorized programs, but is difficult to implement.

Copyright law is merely formally embracing the specificity of digital technology, but the sanctioning of copyright infringement has become extremely difficult to prove and process, bearing in mind both factual and legal railiques among national legal systems. Measures that take place now involve various technical measures (such as passwords, blocking of access, integrated electronic information, etc).

¹⁶ It should be underscored, however, that despite the cited provision, the European Patent Office (EPO) has registered a number of software patents, including videogames, for example, issued to Konami Co., Ltd. European Patent Video Game Patent (EP 1703429 A2)

7. Concluding remarks

To conclude, there are many significant points on which copyright law and computer programs as intellectual property objects contrast. There is a question of originality of computer programs that is jeopardized by usage of pre-prepared tools for programming, following impossibility of copyright law to include in its protection the algorithm as the essence of the program. Another point is exclusion of computer programs from patent law protection. And, finally, software industry itself chooses contractual protection rather than copyright protection. The question remains, are there some core copyright law principles that could be further adapted to computer programs, perhaps new dimensions that could be given to the licensing system? Or, are computer programs likely to escape copyright law, or the law altogether?

REFERENCES

- Copyright and Related Rights Act and Act on Amendments to the Copyright and Related Rights Act OG No. 167/2003, 79/2007, 80/2011, 141/2013, 127/2014, 62/2017, 96/2018
- David P.A. Foray, D., *Economic Fundamentals of the Knowledge Society*, Policy Features in Education – An e-Journal, special issue Education and the Knowledge Economy, Vol. 1, No. 1, 2003
- Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, L 111/16, EN
- <http://www.zis.gov.rs/legal-regulations/laws-and-regulations.110.html>
- <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>
- Marković, S, *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2018
- Regulations on the conditions to be fulfilled the copies of copyright protected works and subject matter of related rights which are deposited, entry in the register and deposition of copyright protected works and subject matter of related rights and the contents of the registration of deposited copyright protected works and subject matter of related rights with the competent authority, Official Gazette RS”, No. 45/2010; since July 3, 2010; in force since July 11, 2010
- The law on Copyright and Related rights "OG CG", no. 37/2011 and 53/2016.
- The law on Copyright and Related rights OG BIH XIV /63/, 3. avgusta 2010.
- The law on Copyright and Related rights, Official gazette of RS 104/09 and 99/11 and 119/12, decision of Constitutional Court - 29/16
- The Law on Special Powers for the Purpose of Efficient Protection of Intellectual Property Right, Official Gazette of the RS", no. 46/06, 104/09

AGENT PROVOCATEUR - INTERNATIONAL STANDARDS AND NATIONAL REGULATION

Katarina Momirović

Law faculty, University of Nis

katarina.m@prafak.ni.ac.rs

Abstract

Finding appropriate mechanisms for the state to adequately confront certain criminal offenses is manifested through the prescription of various special investigative actions. This paper deals with the institute of an agent provocateur as a person acting under the alias in a criminal environment and whose knowledge of relevant facts from that area has a significant place in bringing to justice the perpetrators of criminal offenses later in the proceedings. After the introductory part, the author will present the national regulation of this institute in the Republic of Serbia, with an overview of the specifics of the Anglo-Saxon and Continental legal system. Comparing legislations will provide an overview of normative regulation, basic legal requirements and practical application of this institute, with an interpretation of the problem of committing crimes by an agent provocateur. The paper will examine both criminal material and process aspect of the institute of agent provocateur, through the framework for its engagement, the type of criminal acts for which it can be engaged, the principle of subsidiarity, and other issues that may arise as controversial in its engagement. Special attention was devoted to the objectives of determining this particular special investigative action and examining the agent provocateur as a witness. Finally, concluding observations are made, with a comparative approach.

***Keywords:** special investigative actions, agent provocateur, anonymous testimony*

Introduction

Usual investigative techniques refer to crimes after they have been committed. Special investigative techniques, on the other hand, with this reactive, also use proactive approaches, in order to determine whether a crime has been prepared or has already occurred, with the final goal of fighting crime more successfully. In order to protect the rule of law and legal systems, special investigative techniques in general require prior authorization, supervision during the investigation and/or after the fact review and adequate control of implementation of special investigative techniques.

In situations where intelligence gathering and analysis, financial and business records, individual background checks, reports from police surveillance, interviews with informants and similar actions are not of use or not enough for revealing the most serious crimes, and determining their precise nature and scope, agent provocateur comes into play, as maybe the

most dangerous of special investigative techniques, since it puts an individual right in the center of criminal ongoings.

In the 21. century, we must bear in mind that criminal groups may be on the higher lever of embracing today's globalized economy and the sophisticated technology that goes with it than the states trying to combat their operations. Therefore, unlike other special investigative techniques, using the covert operations with agent provocateur relies more on the person than on the technology and gives the state in question the very much needed step ahead.

This is a very deep area and it is impossible to cover and explain all solution of this question in different jurisdictions, and will therefore be given some examples of legislation and jurisprudence, with emphasizing the nature of this action and the main issues that differentiate the solutions of certain countries. In addition to the usual reasons for choosing a comparative approach during the writing of the paper, a comparative review will in this case show the volume of the authorization that the legal systems are willing to give to the agent provocateur, for the successful fight against crime.

The need to engage an agent provocateur as a special investigative measure

The dark figure of so-called conventional crime is high, but the dark figure of the organized crime can not even begin to be measured. Conspiracy, criminal associations and extortion made a veil of secrecy over the true extent of organized crime. The problem of measurement of this type of crime is made difficult by four interrelated factors: efforts to conceal taken by perpetrators, victim non-reporting, the extent to which organized crime is involved in a particular incident, and the multiple elements of the phenomenon.¹ In addition, recording known criminal incidents is not answering the question whether there is a connection to organized crime activity.

Organized crime is more concealed than many other types of crime because specific efforts are made to prevent it from being known, which can also include committing other criminal acts. With regard to some of the offences, it happens that there is a criminal act in which all parties involved consent to an illegal act. i.e. customers of products and services conducted by criminal groups are willing participants, so they do not even think of reporting this crime. In the final line, this would mean incriminating themselves. All of these characteristics of most serious crimes and organized crime as a complex phenomenon that consists of multiple overlapping elements, makes it particularly challenging for the authorities to identify victims and actors of conduct.

Then enters the scene the idea of finding out secretly, from the first hand, about the most serious crimes and the possibility of their prevention. Agent provocateur, differently named and regulated in legal systems, and between states within the same legal system, is a solution foreseen by many legislations. Cover investigator, agent provocateur, secret agent, or simply „undercover operation“ or sting operation are just some of the terms used to describe the situation of infiltration by the investigator in criminal networks or posing as an offender to uncover organized crime or similar activity. Various of questions follow this investigative measure, no matter the term: in what kind of cases and in which format are this operations

¹ UNODC - How much organized crime is there? <https://www.unodc.org/e4j/en/organized-crime/module-5/key-issues/how-much-organized-crime.html>

allowed; what are the preconditions for operations; is the authorization from a judicial or other source necessary?

The legislation of the Republic of Serbia

A covert investigator is a police officer who, with a changed identity, in a certain period, acts secretly within certain criminal groups collecting information that is used to detect, clarify and prevent criminal offenses, primarily those belonging to organized crime.² The disadvantage of this technique is that undercover investigations are followed by the extended length of time required to gain access to criminal organizations, and the danger to the undercover officer if his or her identity is discovered.³ On the other hand, the contribution of a covert investigator can be in the both in the sense of collecting evidence and his testimony. The Procedural code of the Republic of Serbia defines the rules on this special investigative action in only few articles, although with the reference on general principles on special investigative actions. In the first place, special investigative actions may be ordered against a person for whom there are grounds for suspicion that he has committed a criminal offence referred to in Article 162 of this Code. Then, the legislator defines conditions for determination of engagement of covert investigator, as the article reads as follow: „*on the reasoned proposal of the public prosecutor, the court may determine the engagement of a covert investigator if the evidence for prosecution can not be collected by the use of other special investigative measures or the collection would be significantly impeded*“.⁴ Therefore, it can be noted firstly, in order to arrive at the moment of engagement of the undercover investigator, it is necessary to comply with the formal multi-stage procedure. It starts with the public prosecutor and his reasoned proposal, on which bases only the court, in fact, the pre-trial judge can issue an order for engagement. On the other hand, apart from the part of this article relating to the procedure, the second part of the article emphasizes the principle of subsidiarity.

Furthermore, the obligation of reasoning is prescribed not only for the proposal of the public prosecutor, but also for the order of the court. It is noted that the order shall contain information on the persons and the group to which it applies, a description of the possible crimes, the manner, the scope, the place and the duration of this special investigative action. The order may stipulate that a covert investigator may use technical means for photographing or tone, optical or electronic recording.⁵

The legislator prescribes that the duration of this special technique is set by the purpose of its determination, i.e. the engagement of a covert investigator is done as soon as the reasons for its application cease. The engagement of a covert investigator lasts how long it takes to collect evidence, and for a maximum of a year. On the reasoned proposal of the public prosecutor, the preliminary proceedings judge may extend the duration of the special evidence for a maximum of six months.⁶ The actions explained above have described the formal legal

² Škulić, M. – Krivično procesno pravo, Belgrade, 2009. p. 272.

³ Kowalczyk, D., & Sharps, M. J. - Consequences of undercover operations in law enforcement: A review of challenges and best practices. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 32(3), 2017, p. 197-202.

⁴ Art. 183, Code of Criminal Procedure of the Republic of Serbia, ("Official Gazette of the Republic of Serbia" No. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 and 35/2019).

⁵ Art. 184, Code of Criminal Procedure of the Republic of Serbia, 2011.

⁶ *Ibid.*

conditions for the engagement of the undercover investigator. Personal concretization of a previously approved technique must then be carried out by the minister in charge of internal affairs, the director of the Security Information Agency or the director of the Military Security Agency, or the person they authorize. A covert investigator under the pseudonym or code is an authorized official of the Interior Ministry, the Security Information Agency or the Military Security Agency, and (if so required by the special circumstances of the case) another person, who may be a foreign citizen.⁷ The delicate role of the undercover investigator implies the need for an adequate approach to his guilt for the crimes committed during the engagement, therefore in this situation the commission of a criminal offense, the unlawfulness of such conduct is excluded.⁸ Such a solution of the Serbian legislator is necessary because the success of the engagement of a covert investigator depends on the trust gained from the members of the criminal group, and explicitly refraining from committing criminal acts can cause suspicion among the members of the group.⁹

The Code of Criminal Procedure explicitly prohibits a covert investigator from instigating the commission of a criminal offense. This means that the undercover agent in the case of incitement to commit a criminal offense is criminally responsible as executor, when incitement is a separate offense, or as an accomplice, if the offense that was incited was committed, or failed incitement, if incited to commit any offense which carries a sentence of 5 years if a more severe punishment.¹⁰ As the opposite to the of covert investigator known in our law and generally continental legal system, in some countries, the agent provocateur, as the name itself says, can encourage other persons to commit criminal acts.

Anonymous testimony

The reasons for allowing the only case of anonymous testimony in Serbian law could be explained as existential, procedural and psychological. A covert investigator under a code or a pseudonym can be examined in criminal proceedings as a witness, and this shall be conducted in such a way that the identity of the disguised investigator is not disclosed to the parties and the defense counsel. The identity information of the undercover investigator being examined as a witness is considered classified.¹¹ In order to protect the rights of the opposing party in the proceedings, one limitation is foreseen in this respect, that a court decision can not be based exclusively or decisively on the evidence of a covert investigator. Similar to victims during the process of protection against "secondary victimization", the reasons of psychological nature must also be taken into account when explaining the reasons for the anonymous testimony of the undercover investigator. Undercover work necessarily entails isolation from family and the normal life as the person knows it, with the necessity to adopt false personal characteristics and behaviour, with exposure to a deadly risk while in the undercover role. Therefore, it is not strange that undercover work, especially if it includes outmoded equipment or inadequate backup for officers involved in undercover operations, is

⁷ Art. 185, Code of Criminal Procedure of the Republic of Serbia, 2011.

⁸ See more: Knežević, S. – Tajna opservacija komunikacija osumnjičenog u pravu Srbije i Crne Gore, Pravna riječ, Banja Luka, 2010. No. 23, p. 446-463.

⁹ Knežević, S. – Krivično procesno pravo, Opšti deo, Niš, 2015, p. 340.

¹⁰ Ilić, I. - Agent Prvocateur - Yes or No? International Scientific Conference "Archibald Reiss Days": Thematic Conference Proceedings. Vol. 1 - Belgrade: Criminal Police Academy, 2011 – p. 391.

¹¹ Art. 187, Code of Criminal Procedure of the Republic of Serbia, 2011.

frequently associated with problems in mental and physical health, and difficulties in post-assignment social adjustment,¹² and in that, reoccurring with previously investigated persons and the fear of revealing their true identity would additionally greatly hinder their state.

International standards and solutions in different legislations

In most jurisdictions, undercover officers are not permitted to encourage suspects to commit crimes they would not ordinarily commit, either as an agent provocateur or through entrapment. (i.e. a situation in which an agent or official originated the idea of the crime and induced the accused to engage in it).¹³ Their role is usually to become part of an existing criminal enterprise. Jurisdictions vary in the nature of the restrictions they place on undercover operations, with most focusing solely on prohibiting undercover agents from providing opportunities to commit crime, and committing crimes themselves.

For example, *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* from 2000. in Article 20 (1) prescribes: “*If permitted by the basic principles of its domestic legal system, each State Party shall, within its possibilities and under the conditions prescribed by its domestic law, take the necessary measures to allow for the appropriate use of controlled delivery and, where it deems appropriate, for the use of other special investigative techniques, such as electronic or other forms of surveillance and undercover operations, by its competent authorities in its territory for the purpose of effectively combating organized crime*”.¹⁴

In a similar way the practice of the European Court of Human Rights, regulates this issue on the basis of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. Article 6 of the Convention does not set any rules on the admissibility of evidence as such, because this matter has been treated by the ECtHR as something to be regulated by national law.¹⁵ The European Court of Human Rights in the case of *Lüdi v. Switzerland*¹⁶ and *Teixeira de Castro v. Portugal*¹⁷ as precedent cases, developed practice regarding the participation of undercover agents in crime investigation. The Court noted that the application of special investigative methods, in particular, undercover techniques – i.e. undercover agents, cannot in itself infringe Article 6 (1) of the Convention. It is only important for the national law to be precisely clear, so persons can clearly understand in which circumstances and conditions the officers can apply undercover investigative methods, and they are subjected to clear restrictions and safeguards.¹⁸

The Court found the violation of Article 6 of the Convention in the case of *Ramanauskas v. Lithuania*, and noted that “*Police incitement occurs where the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such*

¹² Kowalczyk, D., & Sharps, M. J. *op.cit.* p. 197-202.

¹³ UNODC - Undercover operations, <https://www.unodc.org/e4j/en/organized-crime/module-8/key-issues/special-investigative-techniques/undercover-operations.html>

¹⁴ United Nations Convention against Transnational organized crime, United Nations, Italy, 2000.

¹⁵ W. Schabas, *The European Convention on Human Rights - A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 320.

¹⁶ *Lüdi v. Switzerland*, 12433/86, 1992, § 42-50;

¹⁷ *Teixeira de Castro v. Portugal*, 25829/94, 1998;

¹⁸ L. Štariene, „The Limits of the Use of Undercover agents and the Right to a Fair Trial under Article 6(1) of the European Convention on Human Rights”, *Jurisprudence* 3(117), 2009, 266.

an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution".¹⁹ In short, ECtHR does not deal with the issue of guilt or innocence of the accused, it just notes that when the undercover investigator in an inadmissible manner collects the evidences or incites to the crime, it is inadmissible evidence in the true sense and at the basis of such evidence the national court cannot base its decision.²⁰ Therefore, incitement to commit crimes is, as in Serbian law, prohibited.

The current Czech legal regulation, for example, does not allow the application of this tool as it merely regulates and is familiar with the operatively investigating institute of the agent controller. The UK Security Service has a long history of using a covert agents, whereby the legal basis for determination are the Ministry of Justice guidelines. The instructions contain a prohibition of provoking the commission of a criminal offense, just as in Serbian law. In France, a provocation to commit a criminal offense is considered unlawful, since in France the opinion is that the state should not itself contribute to the violation of the law.

In societies „war with the criminal classes“, the investigative technique of the undercover investigation stands out as one of the law enforcements most effectual weapons in waging this warfare.²¹ Considering that, it is not surprising that certain states give broader authorization to a covert investigator, while introducing the institute of entrapment as insurance. In the United States, state authorities can use certain procedures which lead towards the initiation of the commission of the crime based on the presumption that the accused has such predispositions towards the commission of the crime that he/she would have committed the crime even if there had not been for the intervention from the state authority. For American practice it is also characteristic that covert agents are inserted into criminal groups for a longer period of time, thus representing a kind of "mole" in criminal underworld. Disguised investigator may be authorized to participate in the commission of a criminal offense or an offense provided that this is necessary in order to obtain information or to collect evidence for the prosecution of the most serious crimes within the mafia organization.²² The entrapment institute, on the other hand, can be used by the defendant as a defense tactic in the proceedings. Then, the court must determine whether the agent provocateur incited them into any activities in which they would not otherwise have indulged. For example, in *United States v. Dennis*, the defendants were members of the Party when the agent provocateur joined, they accepted and followed a party policy at high level, so the Court of Appeals held that no entrapment was involved.²³

It is obvious that the legislation of different countries offers different solutions, as well as the theory; one of them being that a covert investigator should not be held accountable for a committed crime, because his involvement in a criminal group implies that he should behave

¹⁹ *Ramanauskas v. Lithuania*, 74420/01, 2008, § 55;

²⁰ Turanjanin, V. - Undercover investigator in the jurisprudence of the ECtHR, Collection of papers, "Universally and particularity at law", Vol. II, Kosovska Mitrovica, 2018, p. 154.

²¹ *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 453, 1932;

²² Pena, U., Mitrović, D. - Pitanje dopuštenosti ili nedopuštenosti izvršenja krivičnog djela od strane prikrivenog istražitelja, Pravna riječ, Banja Luka, 2012, p. 584–585;

²³ *United States v. Dennis*, 183 F.2d 201, 224 (2d Cir. 1950), according to Richard C. Donnelly - Judicial control of informants, spies, stool pigeons, and agent provocateurs, Yale Law Journal Vol. 70, 1951, p. 1125.

like other members of the criminal group. The opposite solution starts from the traditionalist attitude, according to which the state, through its normative acts, can not give anyone the legitimacy to commit crimes, even if they try to suppress the other, the more serious and socially dangerous. It is also controversial whether the person who was incited by a covert investigator would be liable for the criminal offense he was committing, and whether that could be used as a fact in favor of the defense.

Concluding remarks

Activities of organized crime groups which has been developing dynamically in the recent period necessarily leads towards the questions relating to the efficiency of the current legal tools in the fight against crimes with a high level of social danger. It is undisputed that special investigation techniques are effective in the evidence gathering for the purpose of detecting and investigating organized crime, and the use of informants and undercover agents has long been recognized as vital to successful law enforcement. One of the most controversial questions in connection with the application of this investigative measure is there is no unified stand on the question what is the undercover agent allowed to do while being on duty. The goal is to detect or prevent a more serious crime, and also to allow an undercover asset to gain the trust of the criminals they are trying to infiltrate. In the field of creating an adequate social response, especially in terms of cross-border cooperation, it is necessary that the various legal systems cooperate, regardless of the various solutions regarding provocation, baits, simulated acts; or the line between undercover observer and agent provocateur. The scope of the undercover agents' involvement obviously causes most of the problems. The question arises how the undercover agent can act passively and accomplish the goal of the mission?

References

- Code of Criminal Procedure of the Republic of Serbia, ("Official Gazette of the Republic of Serbia" No. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 and 35/2019);
- Ilić, I. - Agent Prvocateur - Yes or No? International Scientific Conference "Archibald Reiss Days": Thematic Conference Proceedings. Vol. 1 - Belgrade: Criminal Police Academy, 2011;
- Knežević, S. – Krivično procesno pravo, Opšti deo, Niš, 2015;
- Knežević, S. – Tajna opservacija komunikacija osumnjičenog u pravu Srbije i Crne Gore, Pravna riječ, Banja Luka, No. 23, 2010;
- Kowalczyk, D., & Sharps, M. J. - Consequences of undercover operations in law enforcement: A review of challenges and best practices. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 32(3), 2017;
- L. Štariene, „The Limits of the Use of Undercover agents and the Right to a Fair Trial under Article 6(1) of the European Convention on Human Rights”, *Jurisprudence* 3(117), 2009;
- Lüdi v. Switzerland*, 12433/86, 1992;
- Pena, U., Mitrović, D. - Pitanje dopuštenosti ili nedopuštenosti izvršenja krivičnog djela od strane prikriivenog istražitelja, objavljeno u: *Pravna riječ*, Banja Luka, 2012;
- Ramanauskas v. Lithuania*, 74420/01, 2008;
- Richard C. Donnelly - Judicial control of informants, spies, stool pigeons, and agent provocateurs, *Yale Law Journal* Vol. 70, 1951.
- Sorrells v. United States*, 287 U.S., 1932;
- Škulić, M. – Krivično procesno pravo, Belgrade, 2009;
- Teixeira de Castro v. Portugal*, 25829/94, 1998;
- Turanjanin, V. - Undercover investigator in the jurisprudence of the ECtHR, Collection of papers, Scientific conference “Universally and particularity at law”, Vol. II, Kosovska Mitrovica, 2018;
- United Nations Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, Italy, 2000;
- United States v. Dennis*, 183 F.2d 201, 224 (2d Cir. 1950);
- UNODC - How much organized crime is there? <https://www.unodc.org/e4j/en/organized-crime/module-5/key-issues/how-much-organized-crime.html>
- UNODC - Undercover operations, <https://www.unodc.org/e4j/en/organized-crime/module-8/key-issues/special-investigative-techniques/undercover-operations.html>
- W. Schabas, *The European Convention on Human Rights - A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 2015.

REPLACEMENT OF THE INELIGIBLE RESPONDENT - THE PROCEDURAL TOOL FOR EFFICIENCY AND JUSTICE OF THE CIVIL LITIGATION (comparative analyze of civil procedure regulation in the Baltic states and Russian federation)

Kristine Neimane

Mg. iur. and a candidate for the doctor's degree in Legal Science „Turība” University,
The Republic of Latvia.

Abstract

The author's research subject is available procedural instruments for the efficiency of civil procedure and its improvement and development. The human rights are worldwide acknowledged and include the rights of fair trial and as well as proper procedural regulation is one of component of it. The author of the article researches and comparing the civil procedure regulation and its efficiency in the Baltic States and Russian Federation. The Baltic States historically have been connected with Russia, therefore, the heritage and roots of the model of the civil regulation and procedural rights come from Russia and a lot of procedural regulation are similar. The procedural tool - *replacement of the ineligible respondent for a claim* is useful for the civil procedure to release the person from participation in civil trial proceedings in case the person obviously (according to written evidence and law regulation) couldn't be the respondent for the case. According to the author's point of view, a person should have rights to be excluded from litigations which are not related to the person and the target is the efficiency of the process and the fair judgement. Even the different European and Scandinavian scientific researchers point out that the role of a judge should be active and a judge should protect the litigants from the possible mistakes and realize it during the preparatory stage of the process. This article is useful for everyone who is interested in the development of tendencies of the civil procedural rights and its efficiency.

Key words: *civil procedure, right to a fair trial, economy of process, ineligible respondent, role of judge.*

1. Вступление

Автор исследует инструменты, необходимые для эффективности проведения гражданского процесса в суде, то есть для содействия качеству и скорости процесса, при этом максимально достигая также и другую важную цель, а именно - справедливость. В гражданском процессе эффективность связана не только со способностью суда быстро и качественно разрешить спор между вовлеченными в него сторонами, важным является также и то, чтобы суд мог в возможно короткий срок идентифицировать очевидное несоответствие предъявленного иска закону или же отсутствие связи вызванных в качестве ответчиков лиц с сущностью выдвинутого иска. Автор в своей работе использует аналитические и сравнительные методы, анализирует

распространенные в юридической литературе знания, делает свои выводы и выражает свое видение сущности и значения рассматриваемого вопроса для эффективности гражданского процесса. В данной работе будет рассмотрено гражданско-процессуальное регулирование в отношении ненадлежащего ответчика, каким оно является в странах Балтии (Латвии, Литве, Эстонии) и в Российской Федерации. Также в данную работу включен сравнительный анализ этих процессов.

Без сомнения, что среди прочих общепризнанных основных прав личности есть и право на справедливый суд, которое на национальном уровне гарантируют Конституции правовых и демократических государств, а также Международные акты, например, Европейская Конвенция по правам человека (European Convention of Human rights), 6-ая статья¹ которой среди прочего определяет, что процесс должен быть проведен в разумные сроки (*reasonable time*). Европейский суд по правам человека дал широкое пояснение содержания данного принципа, также указав, что: *The right of access to a court must be "practical and effective"*². Практицизм и эффективность взаимно связаны, таким образом, как с точки зрения практицизма, так и с точки зрения эффективности, лицо, на которое предъявлен иск очевидно не распространяется, должно быть способно по возможности быстрее выйти из этого процесса. Как известно, в гражданский судебный процесс лицо может попасть как по собственной воле в качестве истца, так как именно истец инициирует процесс, или же лицо может быть вовлеченным в процесс в качестве ответчика, который вступает в процесс помимо своего желания, так как инициатор процесса, т.е. истец, указал этого ответчика в своем исковом заявлении.

Поясняя суть гражданского процесса в суде и соответствующий процессуальный ход, в юридической литературе указано, что «суд исходит из предположения, веры в то, что право, о защите которого просит лицо, в действительности ему принадлежит и нарушено тем лицом, которое легитимировано им в качестве ответчика.»³. В то же самое время истец должен доказать обоснование своего иска и отношение этого иска к конкретному указанному в требовании ответчику или ответчикам, таким образом, даже, если по мнению истца в его распоряжении имеется достаточная информация об ущемлении или нарушении его прав, все же это ни в каком виде не предохраняет истца от возможных ошибок или же от наличия в распоряжении истца неправдивой, неточной (например, устаревшей) информации, в связи с чем указанные в иске связь или ответственность ответчика могут также не соответствовать сути требования, т.е. основанию иска и его обосновывающим нормам материального права. Также и ошибочный взгляд истца в отношении применяемой нормы материального права может создать ситуацию, когда истец призывает к ответственности ненадлежащую персону или же самому истцу не принадлежат те права, которые он указал в иске. В связи с упомянутым юридическая литература поясняет, что «в начале производства по делу суд может лишь предположительно рассматривать

¹European Convention of Human rights, Rome, 4,XI, 1950 URL = https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Accessed 31 May, 2019.

² European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights. Right to a fair trial (civil limb), Updated to 31 December, 2018. URL = https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf. Accessed 31 May, 2019.

³ Михайлова Е.В., *Процессуальные формы защиты субъективных гражданских прав, свобод и законных интересов в Российской Федерации (судебные и несудебные)*, Проспект, Москва, 2017, р.82.

истца как правообладателя, а ответчика - как лицо, которое должно нести ответственность за допущенное правонарушение»⁴.

В связи с привлечением в процесс судьи, особенно на его подготовительной стадии, было бы важно отметить, что научная идея в отношении роли судьи в подготовке процесса, и в отношении значения этой роли в содействии эффективности и скорости процесса, стремятся данную роль активизировать, отмечая, что действия судьи должны создавать такие условия, чтобы вовлеченные в процесс стороны своевременно, т.е. на подготовительной стадии, устранили бы формальные ошибки, несоответствия или недостатки. Активная роль судьи обоснована целью гражданского процесса и его сущностью, так как целью гражданского процесса является корректно и по существу рассмотренное дело и корректное постановление суда, для чего в свою очередь необходимо, чтобы в распоряжении суда находились бы правдивые факты. Это и другие исследования, в том числе и о гражданских процессах в пост-советских государствах, содержит совместная работа двух авторов Ervo Laura и Nylund Anna «*Current Trends in Preparatory Proceedings. A comparative Study of Nordic and Former Communist Countries*», которая по мнению автора данной работы содержит ценные выводы и анализ гражданских процедур в пост-советских государствах и роли судей в рамках этих процессов, в том числе и проводимых судьями действий в процессе подготовки дела. Замена ненадлежащей стороны в гражданском процессе является одним из инструментов, который можно использовать как в процессе подготовки, так и до момента, пока по существу будет закончено рассмотрение дела в суде первой инстанции. В ранее упомянутой работе о гражданских процессах в пост-советских государствах сказано, что *судья обязан обеспечить участников суда соответствующим руководством, чтобы устранить возможные ошибки и сделать стороны способными отстаивать свои интересы в суде, а также чтобы суд мог выкристаллизовать сущность спорного вопроса, в том числе фактические и юридические аспекты дела, выяснить позиции и мнения вовлеченных в процесс сторон*⁵. Также указано, что *активная позиция судьи и подготовка, руководство делом требуют, чтобы судья был в курсе дела по всем сведениям, что поданы сторонами, а также реагировал бы на все ошибки, неточности в действиях сторон, и тому подобных вопросах*⁶. Таким образом, активность судьи связана с подготовкой дела, и в данном процессе возможно и примирение сторон дела и уточнение сущности спора, что ведет к максимально правильному и сравнительно быстрому направлению и рассмотрению дела в случае, если примирение сторон не достигнуто. Так как замена ненадлежащего ответчика является одним из возможных проводимых действий на стадии подготовки процесса, то в данном аспекте важна роль судьи, о чем автор будет говорить далее в данной работе, рассматривая и сравнивая гражданско-процессуальное регулирование в отношении замены ненадлежащей стороны в каждой из стран Балтии и в Российской Федерации, а также значение этого инструмента для правильного рассмотрения дела. В конце вступления необходимо отметить, что согласно Рекомендации № R (84) 5 Совета Европы (Recommendation No. R (84) 5 of the Committee

⁴ *Ibid.*, p.83.

⁵ Ervo L.; Nylund A., *Current Trends in Preparatory Proceedings. A comparative Study of Nordic and Former Communist Countries*, Springer International Publishing AG Switzerland, 2016., p. 63.

⁶ *Ibid.*, 2016., p.65.

of Ministers to Member States⁷), включенный в нее принцип №1 в отношении эффективности гражданского процесса указывает, что процесс рассмотрения дела должен проходить не более чем на двух заседаниях суда, из которых одним является подготовительное заседание, а следующее посвящалось бы оценке доказательств, заслушиванию аргументов и, при возможности, приговору по делу. В свою очередь принцип № 3 этой рекомендации указывает, что судья должен играть активную роль самое малое на подготовительном заседании суда, а лучше всего в течение всего процесса, чтобы дать делу быстрый ход, соблюсти права сторон, в том числе право на равное отношение, среди прочего судья должен иметь право *propriu motu*, чтобы определить сторонам обязанность подать необходимые пояснения и потребовать доказательства, назначить сторонам лично явиться и тому подобное. Особо надо отметить, что данные принципы сформулированы, принимая во внимание выраженный в Рекомендации принцип, что гражданский процесс должен быть простым, гибким и быстрым.

Для избежания неясной трактовки терминов при переводах автор поясняет : "решение суда" (англ.: *rulings of the Court*) - это решение суда по процессуальным вопросам без рассмотрения дел по существу, а "приговор суда" (англ.: *judgement or verdict*) выносится по существу дела после рассмотрения этого дела.

2. Замена ненадлежащей стороны : процессуальное значение и регулирование

В представлении автора замена ненадлежащей стороны является процессуально действенным инструментом, рассматривая его как с точки зрения истца, так и со стороны ответчика. Только смысл данного инструмента в каждом из этих случаев будет различным. Иначе говоря, в случае истца этот инструмент позволяет исправить первоначально допущенные ошибки, и в связи с этим избежать возможного отклонения иска или же значительно уменьшить вероятность этого, в свою очередь с точки зрения ответчика этот инструмент важен тем, что для ответчика он является способом освободиться от процесса, который не имеет отношения к нему, таким образом увеличить возможность, что приговор суда действительно достигнет цели, т.е. урегулирует спор, признает законные права, восстановит справедливость. Об обязанности суда рассмотреть дело и значении этого в юридической литературе указано следующее: *суд обязан рассмотреть гражданское дело с тем, чтобы осуществить защиту права того лица, которое к нему обратилось, устранить ситуацию правовой неопределённости, послужившую поводом к возбуждению судебного производства*⁸. Таким образом можно признать, что значением инструмента замены ненадлежащей стороны является исправление возможной ошибки, которая обнаружилась уже после подачи иска в суд и начала процесса, а также значением для данного инструмента является освобождение от процесса лица или лиц, на которых этот процесс очевидно не распространяется, также этот инструмент имеет существенное влияние на обеспечение справедливости, иначе говоря, на разрешение дела в соответствии с его фактическими

⁷ Recommendation No. R (84) 5 of the Committee of Ministers to Member States „On the principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice”, URL = <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900016804e19b1> Accessed : 31 May, 2019.

⁸ Михайлова Е.В., *op cit. note 3*, p.84.

обстоятельствами, документально подтвержденными фактами и другими доказательствами совместно с установленными законом правами и/или обязанностями. По мнению автора, данный инструмент можно связать с заключенными в Рекомендацию принципами, согласно которым гражданский процесс должен быть эластичным. Эластичность заключает в себя в том числе и возможность меняться.

В отношении процессуального действия в вопросе о замене ненадлежащей стороны необходимо отметить, что в нем выделяются два аспекта: первый, когда один из участников процесса может запросить рассмотрение этого вопроса или судья может указать на необходимость рассмотрения вопроса о ненадлежащем ответчике (*только в Гражданском процессе Российской Федерации*), и второй, на какой стадии процесса возможно (допустимо) рассмотрение этого вопроса.

В отношении закона о Гражданском процессе Латвийской Республики надо особо отметить, что Латвийская Республика является единственным государством Балтии, в котором инструмент замены ненадлежащей стороны не сохранен, в связи с чем Латвия является единственной из государств Балтии, где данный процессуальный инструмент не представлен вообще, поэтому в процессе не представлен способ, каким ненадлежащий ответчик мог бы выйти или же был бы освобожден от процесса, в случае, если этот процесс на ответчика очевидно не распространяется, идентично, если имеется ненадлежащий истец, не представлено процессуальное регулирование для устранения этого недостатка. Закон о Гражданском процессе⁹ Латвийской Республики признает перенятие процессуальных прав сторон, что регулирует статья 77 упомянутого закона, но это по своему содержанию и сути имеет совсем другое значение, также, как и предусмотренный в законе институт третьего лица (с самостоятельными и без самостоятельных требований) имеет тоже другое процессуальное значение. В представлении автора отсутствие данного инструмента значительно удлиняет проведение процесса, а также излишне тратит как время судей и связанных с тяжбой лиц, так и необходимые для этого ресурсы. Автор допускает, что у высказанной в данной работе идеи будут и оппоненты, которые укажут на то, что замена ненадлежащей стороны в гражданском процессе зависит от согласия истца, и что, заменяя ненадлежащего ответчика на другого – правильного, рассмотрение дела так или иначе необходимо будет начинать заново, в связи с чем не произойдет никакой процессуальной экономии, и все же автор желает противопоставить этим возражениям аргумент, что задачей суда является не простое рассмотрение дела, а восстановление справедливости в соответствии с определенным законом регулированием, и в связи с этим, если в деле присутствует очевидно ненадлежащий ответчик, то и суд не сможет восстановить законность и справедливость, и истец при таких обстоятельствах не получит защиту своих поправных или оспариваемых прав и интересов. В свою очередь, в отношении возможных возражений против того, что замена ненадлежащего ответчика только продлевает процесс, так как его необходимо начинать заново, автор считает, что хорошим контраргументом является мысль, которую высказал Франц Клейн (Franz Klein) : (...) *the courts should not strive for speedy proceedings at the cost of the quality of*

⁹ Civilprocedure law of the Republic of Latvia, Enacted : October 14, 1998, (last amended : February 28, 2019).
URL = <https://likumi.lv/ta/en/id/50500-civil-procedure-law> Accessed : 05 June, 2019

*judgements. (..)*¹⁰. Учитывая сказанное, регулирование процесса по мнению автора должно быть настолько сбалансированным, чтобы, обеспечивая скорость процесса, одновременно бы обеспечивалось достижение основной цели работы судьи – обеспечение справедливости, восстановление и защита ущемленных или нарушенных прав.

Поэтому, если оказывается, что требование выдвинуто против ненадлежащего ответчика, в законе о Гражданском процессе Латвийской Республики не отрегулирован порядок (процесс) решения этого вопроса, и, если истец не использует процессуальное право– отказаться от иска, которое регулирует статья 74 упомянутого закона, то суд обязан рассмотреть дело по существу и обязан вынести приговор в соответствии с выдвинутым иском и в отношении имеющихся в деле сторон. Еще следует отметить, что отказ от требования является основанием для прекращения судопроизводства согласно пункту 4 статьи 223, и согласно статье 224 суд принимает мотивированное постановление в виде отдельного процессуального документа. Прекращение судопроизводства по причине отказа истца от своих требований вызывает последствия, что истец теряет право повторно обратиться в суд с соответствующим иском и против соответствующего ответчика, что предусматривает статья 225 закона о Гражданском процессе, также он теряет уплаченную госпошлину, и, более того, вызванная им в качестве ответчика persona может потребовать возместить возникшие судебные издержки. Упомянутое определяет вторая часть статьи 41 закона о Гражданском процессе. Автор желает подчеркнуть, статья 223 закона о Гражданском процессе Латвийской Республики, определяющая основания для прекращения судопроизводства, как одно из них указывает ситуацию, если иск выдвигает лицо, не имеющее прав на требование, иными словами - ненадлежащий истец. Как теоретически, так и практически, существует вероятность, что persona, которая вызвана в такое дело в качестве ответчика, на основании статьи 223 закона о Гражданском процессе Латвийской Республики подаст в суд ходатайство о прекращении судопроизводства против него, однако, исходя из собственного пятнадцатилетнего опыта по представлению лиц в судебных процессах, автор приходит к заключению, что суд такое ходатайство может не рассматривать как отдельное процессуальное прошение и не принимать решения по нему, а в основном действует таким образом, что рассматривает дело по существу и выносит приговор в рамках процесса, инициированного истцом (т.е. расходуется соответствующее время и ресурсы). Этим явно ущемляются гражданско-процессуальные права ответчика, так как суд на практике своевременно не рассматривает его прошение о прекращении судопроизводства против него как отдельное процессуальное решение. Надо отметить, что закон о Гражданском процессе Латвийской Республики не регулирует, когда именно суд должен рассмотреть поданное прошение о прекращении судопроизводства, но это точно не происходит на подготовительной стадии гражданского дела, так как в третьей части статьи 149 закона о Гражданском процессе названы те процессуальные прошения, которые суд рассматривает при подготовке дела (например, о приглашении в дело или допуске 3-го лица, назначении экспертизы, вызове свидетелей), однако, среди них не упомянуто

¹⁰ Uzelac A., Koller C., Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems; Civil Justice in Austrian-German Traditions; Springer International Publishing, Switzerland, 2014., p. 35-59.

ходатайство о прекращении судопроизводства в связи с тем, что иск выдвигает лицо, не имеющее права на требование. В связи с этим, процессуальный инструмент, который фактически предназначен для экономичности процесса, все же не дает никакой экономии и процесс может развиваться и практически развивается так, что суд рассматривает дело истца по существу и в итоге выносит приговор или решение о прекращении дела. Это означает, что участники процесса находятся в неведении, будет судом вынесен приговор или решение. Отсутствие в законе о Гражданском процессе Латвийской Республики процессуального инструмента замены ненадлежащей стороны автор расценивает как существенный недостаток, рассматривая его как с точки зрения эластичности процесса, так и с точки зрения основной цели гражданского процесса, т.е. урегулирования в рамках закона спорных вопросов, восстановления нарушенных и ущемленных прав.

2.1. Процессуальное регулирование замены ненадлежащей стороны в Гражданско- процессуальном кодексе Литовской Республики.

Гражданско-процессуальный кодекс Литовской Республики предусматривает замену ненадлежащей стороны, и процессуальный порядок описан в статье 45 гражданско-процессуального кодекса Литовской Республики¹¹. Кроме того, следует отметить, что регулирование Гражданско- процессуального кодекса Литвы больше всего соответствует критерию “эластичности”, так как предусматривается замена не только ненадлежащего ответчика, но и замена ненадлежащего истца. К тому же, это процессуальное ходатайство может подать любой из участников процесса, но ходатайство должно быть мотивировано. В отношении регулирования Гражданско- процессуального кодекса Литовской Республики по вопросу о замене ненадлежащего лица особо следует отметить, что в случае, если истец не согласен с тем, что он заменяется другим лицом, то это другое лицо вправе вступить в дело в статусе 3 - го лица и подать самостоятельные требования. Данное регулирование интересно тем, что процессуальное регулирование замещения ненадлежащей стороны объединяется или связано с институтом 3-го лица. В отношении времени замены ненадлежащей стороны Гражданско- процессуальный кодекс Литовской Республики использует следующее обозначение периода времени (*..*) *A court, having established during a case hearing,..*), которое автор указывает на английском языке, поскольку для работы с Гражданско- процессуальным кодексом Литовской Республики используется перевод этого кодекса на английский язык. Из упомянутого можно сделать вывод, что в случае, если в ходе рассмотрения дела констатируется ненадлежащая сторона (истец или ответчик), то его замена возможна согласно мотивированному заявлению стороны, но сам суд этот процесс не предлагает. Поскольку замена ненадлежащей стороны обозначается периодом времени “*during a case hearing*”, но одновременно связана с институтом 3 - го лица, то в случае, если ненадлежащий истец все-таки не согласен быть замененным другим лицом, то важно констатировать, что статья 46 Гражданско-процессуального кодекса Литовской Республики гласит, что 3-я персона с самостоятельным требованием может вступить в дело до начала завершающих слушаний, что согласно статье 253

¹¹ Code of Civil procedure of the Republic of Lithuania, Enacted : February 28, 2002, Law No. IX-743, (last amended : September 23, 2010, by law No. XI-1032). URL = <https://wipolex.wipo.int/ru/text/202108>. Accessed : 05 June, 2019

Гражданско-процессуального кодекса Литовской Республики является следующей процессуальной стадией завершения рассмотрения дела по существу, что в свою очередь регулирует статья 251 кодекса. Из упомянутого следует, что процессуальный инструмент – подача ходатайства о замещении ненадлежащей стороны может произойти до окончания слушания дела по существу. Автор допускает, что относительно эффективности данного процессуального инструмента с точки зрения скорости процесса период использования данного инструмента может рассматриваться как излишне длительный и поэтому критически оцениваемый в качестве стимулятора эффективности процесса, так как фактически, в момент завершения дела по существу, суд уже рассмотрел все доказательства и аргументы сторон, в связи с чем уже до начала рассмотрения вопроса должен быть однозначно ясен ответ на вопрос – участвуют ли в деле правильные стороны, т.е. истец и ответчик. По мнению автора замена ненадлежащей стороны процессуально эффективна на стадии подготовки дела и гражданско-процессуальный кодекс Литовской Республики предусматривает подготовительную стадию, которую регулируют статьи 227-228, а также устанавливает права и обязанности сторон, что регулирует статья 226 гражданско-процессуального кодекса. В подготовительной стадии стороны подают свои требования и контртребования, а также возражения против иска и обосновательные документы, в связи с чем с большой степенью вероятности существует возможность выяснить, участвуют ли в деле настоящий истец и настоящий ответчик. Еще необходимо отметить, что сам ненадлежащий ответчик использует этот факт (вероятнее всего), как один из своих основных аргументов, возражая против вовлечения его в дело или же указав, что данное требование не в праве подавать тот истец, который выдвигает иск.

2.2. Процессуальное регулирование замены ненадлежащей стороны в Гражданско-процессуальном кодексе Эстонской Республики.

Согласно Гражданско-процессуальному кодексу Эстонской Республики¹², параграфом №208 предусмотрена замена ненадлежащего ответчика и также привлечение в процесс дополнительного ответчика без перерыва в процессе. Данное процессуальное прошение может подать истец и в таком случае суд его рассмотрит. Процессуальный период, в течение которого можно подать такое прошение - до окончания рассмотрения дела по существу в суде первой инстанции. Одновременно параграф №208 предусматривает, что в случае, если ненадлежащий ответчик заменяется, то дело против предыдущего ответчика прекращается. В связи с данным регулированием автор желает выделить, что регулирование Гражданско-процессуального кодекса Эстонской Республики четко обозначает, что процесс против ранее вызванного ответчика заканчивается, в связи с чем здесь видно процессуальное регулирование того, в каком виде ненадлежащий ответчик освобождается от участия в процессе, с которым он не связан. Замена ненадлежащего ответчика или приглашение в дело другого (дополнительного) ответчика создает для истца обязанность подать дополнительные экземпляры иска вместе с приложениями к иску. В таком случае рассмотрение дела начинается заново. Автор желает подчеркнуть, что и в Гражданско-процессуальном кодексе Эстонской Республики сам суд не инициирует применение

¹² Code of Civil Procedure, Enacted : January 01, 2006, (last amended : September 26, 2013); URL=<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513122013001/consolide> Accessed : 05 June, 2019

этого процессуального инструмента, даже если будет видно, что в дело не вовлечен настоящий ответчик. Решение о том – просить ли менять ответчика или приглашать дополнительного ответчика, оставлено в ведение самого истца, принимая, что ответчик является инициатором и активной стороной процесса, руководствуясь принципом диспозиции. Существенное отличие от регулирования Гражданско-процессуального кодекса Литовской Республики в том, что Гражданско-процессуальный кодекс Литовской Республики предусматривает подачу данного прошения любым участником дела, что означает, что также и ответчик вправе инициировать рассмотрение соответствующего вопроса, с целью освободиться от процесса, с которым он не связан. Во всех случаях мнение истца будет решающим и в случае, если истец будет настаивать на рассмотрении дела против приглашенного им ответчика, суд будет обязан рассмотреть это дело согласно выдвинутому иску. Однако надо отметить, что сущность инструмента замены ненадлежащей стороны заключается в следующем: *(..) признаком характеризующим лиц, участвующих в деле, является их материально- правовая заинтересованность в деле, представляющая собой наличие гражданского требования одного лица к другому связи с рядом оснований (..)*¹³. С учетом изложенного, заинтересованность и соответствующее материально-правовое обоснование, вытекающее из закона, совместно с фактическими обстоятельствами дела и документальными или же другими разрешенными доказательствами в деле, являются тем, что обеспечит, что возможный будущий приговор суда достигнет урегулирования в спорном вопросе и восстановит справедливость. Как автор уже изложил ранее в данной статье, участие в деле ненадлежащего истца или же ненадлежащего ответчика делает неосуществимым как урегулирование спора (т.е. цель не будет достигнута), так и невозможным восстановление справедливости, так как в этом случае по существу между соответствующими сторонами (т.е. между конкретным истцом и конкретным ответчиком) такого спора вовсе нет или же не может быть, принимая во внимание определенное законом регулирование и требования.

2.3. Процессуальное регулирование замены ненадлежащей стороны в Российской Федерации.

Говоря о процессуальном регулировании замены ненадлежащей стороны Российской Федерации необходимо рассмотреть регулирование Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации¹⁴, которое включено в статью 41 этого кодекса, а также надо рассмотреть кодекс Арбитражного суда Российской Федерации¹⁵, в котором замена ненадлежащей стороны определяется в статье 47. В отличие от ранее рассмотренных регулирований замены ненадлежащей стороны в странах Балтии, необходимо отметить, что пояснения статьи 41 Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации, в том числе в юридической литературе, предусматривают, что рассмотрение этого вопроса инициирует сам суд, извещая об этом истца и выясняя его отношение (позицию) в этой связи. Также поясняется, что прошение о рассмотрении

¹³ Михайлова Е.В., *op cit. note 3*, p.82

¹⁴ Code of Civil procedure of the Russian Federation, Enacted : October 23, 2002.; URL=<https://www.zakonrf.info/gpk/> Accessed : 12 June, 2019

¹⁵ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации, Принят : 14 июня 2002 года; URL=<https://www.zakonrf.info/apk/> Accessed : 12 June, 2019

этого вопроса может подать любой участник процесса, так, например, в комментариях к статье 41 Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации сказано: (...) *замена ненадлежащего ответчика в гражданском процессе может быть произведена судом по инициативе одной из сторон (...)*¹⁶, из чего следует, что такое прошение может подать также и ответчик, однако в законе прямо не указано, что его может подать ответчик или же инициировать сам суд, по сравнению с процессуальным регулированием данного инструмента в Литовской Республике, где указывается, что такое прошение могут подать стороны, а регулирование Эстонской Республики предусматривает, что такое право имеет только истец. Процессуальная стадия, во время которой может произойти замена ненадлежащей стороны, это время, когда дело находится в суде первой инстанции и рассмотрение данного вопроса может произойти также в процессуальной стадии подготовки дела. Здесь необходимо отметить, что стадия подготовки дела в Гражданско-процессуальном кодексе Российской Федерации регулируется статьями 152 и 153 и только после рассмотрения всех решаемых вопросов в подготовительном процессе суд может назначить рассмотрение дела по существу. Вопрос о замене ненадлежащего ответчика является одним из решаемых вопросов в процессе подготовки дела, хотя из пояснений в юридической литературе статьи 41 кодекса, а также из грамматического толкования текста самого закона выходит, что данный вопрос возможно рассмотреть и позже, т.е. на стадии рассмотрения дела по существу. О значении подготовительного процесса в юридической литературе сказано следующее: (...) *подготовка дела к судебному разбирательству, являясь обязательным этапом судебного производства по гражданскому делу, имеет очень важное значение для последующего правильного и своевременного рассмотрения дела*¹⁷(..). В связи с процессуальными последствиями и правильным применением статьи 41 Гражданско-процессуального кодекса, как и в связи с действиями суда в рамках этого процесса, в том числе с разъяснениями прав и обязанностей суда, доступна практика Верховного суда Российской Федерации, где среди прочего дается разъяснение прав и обязанностей суда не только в рамках статьи 41 Гражданско-процессуального кодекса, но и в совокупности со статьей 40 и с предусмотренным в ней правом суда по своей инициативе вызвать в дело соответчика. Так, например, при рассмотрении 25 августа 2015 года дела №4-КГ15-38 коллегия по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации отметила в рамках решения среди прочего в отношении всех обстоятельств дела следующее: (...) *Если при подготовке дела судья придет к выводу, что иск предъявлен не к тому лицу, которое должно отвечать по иску, он с соблюдением правил ст. 41 ГПК Российской Федерации по ходатайству ответчика может произвести замену ответчика. Такая замена производится по ходатайству или с согласия истца. После замены ненадлежащего ответчика подготовка дела проводится с самого начала. Если истец не согласен на замену ненадлежащего ответчика другим лицом, подготовка дела, а затем его рассмотрение проводятся по предъявленному иску. При предъявлении иска к части ответчиков суд не вправе по своей инициативе и без согласия истца привлечь остальных ответчиков к участию в деле в качестве соответчиков Суд обязан разрешить дело по тому иску, который*

¹⁶ Туманова Л.В., *Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий*. "Проспект", Москва, 2017., р.94

¹⁷ Михайлова Е.В., *op cit. note 3*, р.63

предъявлен, и только в отношении тех ответчиков, которые указаны истцом. Только в случае невозможности рассмотрения дела без участия соответчика или соответчиков в связи с характером спорного правоотношения суд привлекает его или их к участию в деле по своей инициативе (ч. 3 ст. 40 ГПК Российской Федерации) Мотивы, по которым суд признал невозможным рассмотреть данное дело без указанных лиц, должны быть приведены в определении, копия которого вместе с копией искового заявления направляется привлеченным лицам.¹⁸ (..). В связи с данным пояснением Верховного суда Российской Федерации необходимо отметить, что упомянутое постановление суда ссылается на выводы, которые в связи с подготовкой процесса и заменой ненадлежащего ответчика дает Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.06.2008 N 11 (ред. от 09.02.2012) "О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству"¹⁹. В связи с этими выводами надо отметить такие аспекты, что суд не вправе по собственной инициативе и без согласия истца привлечь в дело других (дополнительных) ответчиков, которых не вызвал истец, и то, что суд обязан рассмотреть требование в том виде, в каком его подал истец и в отношении указанных в требовании истца лиц, т.е. ответчиков. Еще необходимо подчеркнуть, что в данном деле суд отменил приговор вынесенный нижестоящей инстанцией, указав на то, что суд не выполнил ряд процессуальных обязанностей, в том числе не были выяснены важные обстоятельства дела, как и не было принято во внимание ранее упомянутое «Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.06.2008 N 11 (ред. от 09.02.2012) "О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству».

В отношении замены ненадлежащего ответчика в рамках процесса Арбитражного суда, необходимо указать, что закон предусматривает для истца большую свободу действий, а именно, если даже истец не согласен поменять вызванного в дело ответчика на другого, он все же может согласиться, что persona, которая (вероятно) является правильным ответчиком, будет привлечена в дело в качестве второго ответчика. В остальном регулирование в отношении хода процесса практически идентично указанному в статье 41 Гражданско-процессуального кодекса, т.е. рассмотрение этого вопроса возможно как в стадии подготовительного процесса, так и во время рассмотрения дела в суде 1-ой инстанции. В случае, если истец не согласится на замену ненадлежащего ответчика, а также не согласится с привлечением в дело предполагаемого *правильного* ответчика в статусе второго ответчика, то тогда суд будет обязан рассмотреть требование в том виде, в каком его подал истец и против указанного им ответчика. В представлении автора, говоря о возможных допущенных истцом ошибках и возможностях их устранения, процессуальное регулирование замены ненадлежащего ответчика, которое предусмотрено в рамках процесса Арбитражного суда Российской Федерации, является более гибким, поскольку даже в случае, если истец сомневается по поводу замены вызванного им ответчика, то все же он может согласиться с приглашением второго лица в дело, таким образом, наличие двух

¹⁸ Решение Верховного Суда: Определение N° 4-КГ15-38 от 25.08.2015 Судебная коллегия по гражданским делам, кассация; URL= <https://www.zakonrf.info/suddoc/404d63e58623ef6e85313f840c8a0d8d9/> Accessed : 12 June, 2019

¹⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.06.2008 N 11 (ред. от 09.02.2012) "О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству"; URL= http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_78038/; Accessed : 12 June, 2019

ответчиков обеспечивает меньшую вероятность ошибки, а также дает возможность, что иск будет отклонен при констатации того, что в дело вызван ненадлежащий ответчик. В свою очередь регулирование, допускающее сохранить двух ответчиков, дает суду возможность с большей долей вероятности восстановить затронутые и/или нарушенные законные права и интересы истца, а истцу избежать ошибок. Указанное существенно также в том аспекте, что Арбитражный суд согласно статье 1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации рассматривает экономические и другие хозяйственные споры, в которых достаточно быстрое и эффективное продвижение процесса является особенно важным.

3. Выводы о значении инструмента замены ненадлежащего ответчика

По мнению автора, сравнивая процессуальное регулирование стран Балтии и Российской Федерации, необходимо сделать вывод, что в большинстве случаев этот процессуальный инструмент признан важным и сохранен в регулирующих гражданские процессы нормативных актах, за исключением Латвийской Республики. Автор считает это существенным недостатком процессуального регулирования в законе о Гражданском процессе Латвийской Республики, что соответственно исключает возможность устранить вероятно допущенные ошибки, а также освободить от процесса персону, на которую процесс не распространяется, и также существенно сэкономить процессуальное время, одновременно при этом достигнув цели, которая определена для суда – т.е. урегулирование спора и защита поправленных или нарушенных прав, восстановление положения, обеспечение справедливости. В свою очередь, рассматривая этот инструмент и его сущность в аспекте устранения ошибок и процессуальной эластичности, надо сделать вывод, что именно данный инструмент и является для истца способом устранить допущенные ошибки уже на стадии подготовки рассмотрения дела, в связи с чем уменьшить вероятность отклонения требования и способствовать, т.е. ускорить восстановление своих ущемленных или оспариваемых прав и/или интересов. Эластичность, по мнению автора, выражается в том, что в рамках процесса имеется возможность поменять ход дела, применив сравнительно простой процессуальный инструмент, о котором может заявить и ответчик. В представлении автора, оставить возможность применения этого инструмента только на усмотрение истца (как, например, это регулируется в кодексе гражданского процесса Эстонской Республики) не было бы правильным, так как ход процесса определяет все вовлеченные в него стороны, и хотя истец рассматривается как наиболее процессуально активная сторона, все же ненадлежащий ответчик мог бы быть более заинтересован выйти из процесса, в связи с чем должна существовать процессуальная возможность просить рассмотреть данный вопрос. В связи с особенностью этого инструмента, он полностью зависит от воли истца и не зависит от видения суда этого вопроса, повторимся, если истец не согласен на замену вызванного им ответчика, то суд рассматривает дело по существу с тем ответчиком, который указал истец. Инициатива самого суда в применении данного инструмента сравнительно мала (в процессах стран Балтии ее нет совсем), но в ходе гражданского процесса в Российской Федерации суд может указать на присутствие в деле возможно ненадлежащего ответчика, однако никаких других действий суд по своей инициативе не проводит, ожидая согласия или же отказа истца на замену ненадлежащего ответчика. В представлении автора в целях улучшения этого

процессуального инструмента роль суда именно в подготовительной стадии дела могла бы быть более активной, принимая во внимание, что задачей суда все же является подготовить дело и выполнить для этого определенные законом подготовительные действия. Значение активной роли судьи признано рекомендациями Совета Европы, в связи с чем автор считает, что это не навредило бы принципу диспозиции сторон или же любым другим принципам, которые применяются в гражданском процессе.

Резюмируя, автор хочет особенно подчеркнуть, что возможность замены стороны ненадлежащего ответчика является значимой для достижения основной цели этого самого процесса – урегулирование спора и восстановление ущемленных/нарушенных прав, обеспечение справедливости. Если в деле нет правильного ответчика – не будет возможности урегулировать спор, однако время и ресурсы суда и его участников будут истрачены. Также автор указывает, что данная работа – собранная и проанализированная в ней информация могла бы быть полезной всем, чья деятельность или профессиональные интересы связаны с рассмотрением гражданских дел и вопросами процессуальной эффективности, а сравнительный анализ поможет понять разницу процессуального регулирования и различие подходов к решению данного вопроса в странах Балтии и Российской Федерации.

References

- "О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству"; URL=
http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_78038/; Accessed : 12 June, 2019
- Civilprocedure law of the Republic of Latvia, Enacted : October 14, 1998, (last amended : February 28, 2019). URL = <https://likumi.lv/ta/en/id/50500-civil-procedure-law> Accessed : 05 June, 2019
- Code of Civil procedure of the Republic of Lithuania, Enacted : February 28, 2002, Law No. IX-743, (last amended : September 23, 2010, by law No. XI-1032). Available on: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/202108>. Accessed : 05 June, 2019
- Code of Civil procedure of the Russian Federation, Enacted : October 23, 2002.; URL=
<https://www.zakonrf.info/gpk/> Accessed : 12 June, 2019
- Code of Civil Procedure, Enacted : January 01, 2006, (last amended : September 26, 2013); URL=
<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513122013001/consolide> Accessed : 05 June, 2019
- Ervo L.; Nylund A., *Current Trends in Preparatory Proceedings. A comparative Study of Nordic and Former Communist Countries*, Springer International Publishing AG Switzerland, 2016
- European Convention of Human rights, Rome, 4, XI, 1950 URL = https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
- European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights. Right to a fair trial (civil limb), Updated to 31 December, 2018. URL = https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf. Accessed 31 May, 2019.
- Recommendation No. R (84) 5 of the Committee of Ministers to Member States „On the principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice”, URL = <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e19b1> Accessed : 31 May, 2019.

Uzelac A., Koller C., *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems; Civil Justice in Austrian-German Traditions*; Springer International Publishing, Switzerland, 2014

Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации, Enacted: June 14, 2002;
URL= <https://www.zakonrf.info/apk/> Accessed : 12 June, 2019

Михайлова Е.В., *Процессуальные формы защиты субъективных гражданских прав, свобод и законных интересов в Российской Федерации (судебные и несудебные)*, Проспект, Москва, 2017

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.06.2008 Н 11 (ред. от 09.02.2012)

Решение Верховного Суда: Определение № 4-КГ15-38 от 25.08.2015 Судебная коллегия
по гражданским делам, кассация; URL=
<https://www.zakonrf.info/suddoc/404d63e58623e6e85313f840c8a0d8d9/> Accessed :
12 June, 2019

Туманова Л.В., *Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий*. "Проспект", Москва, 2017

ЦЕННОСТЬ КОНСТИТУЦИИ И КОНСТИТУЦИОННЫЕ ЦЕННОСТИ (НА ПРИМЕРЕ РОССИИ)

Наталья Бутусова

Профессор Воронежского государственного университета, доктор
юридических наук
e-mail: nataliabutusova@mail.ru

Аннотация

Современная конституция является безусловной ценностью демократического общества и государства, когда представляет собой формализованный договор об общественном согласии, обеспечивающий согласование воли и интересов различных участников общественных отношений. Закрепленные в российской Конституции ценности в значительной мере определяют ценность самой Конституции, однако, при условии ее реальности. Конституция является безусловной ценностью только тогда, когда именно ей подчинена политика государства во всех сферах жизни, а политическая конъюнктура и целесообразность никогда не могут быть поставлены выше требований конституционной законности. Уроки российской истории показывают, что в результате приспособления Основного Закона к политической конъюнктуре, тем более прямого нарушения ее норм, конституция дискредитируется, утрачивает ценность документа, содержащего важные доктринальные положения, являющиеся правовой и идеологической основой развития демократического общества и государства, что, нередко приводит к трагическим последствиям – разрушению государственности, человеческим потерям.

Аксиологический подход к изучению российской Конституции позволил раскрыть содержание понятия « социальная ценность Конституции » и показать ее соотношение с понятием « конституционные ценности ». По мнению автора статьи наиболее последовательное превращение Конституции в реальный договор об общественном согласии, полная реализация ее ценностного потенциала, возможны при условии перехода России к устойчивому развитию

Ключевые слова: конституция как социальная ценность, ценности конституции, конституционная законность, конституционная реформа, устойчивое развитие.

CONSTITUTION AS A VALUE AND CONSTITUTIONAL VALUES (ON THE EXAMPLE OF RUSSIA)

Natalia Butusova

Professor of Voronezh State University, doctor of law (Russia)

Abstract

A modern constitution is an absolute value of a democratic society and state, when it is a formalized agreement on public consent, ensuring coordination of the will and interests of various participants of public relations. The values enshrined in the Russian Constitution largely determine the value of the Constitution itself, however, subject to its reality. The Constitution is an absolute value only when the state policy in all spheres of life is subordinated to it, and the political conjuncture and expediency can never be put above the requirements of constitutional legality. The lessons of Russian history show that as a result of the adaptation of the Basic Law to the political conjuncture, especially in the case the direct violation of its norms, the constitution is discredited, loses the value of a document containing important doctrinal provisions that are the legal and ideological basis for the development of a democratic society and state, which often leads to tragic consequences - the destruction of statehood, human losses. Axiological approach to the study of the Russian Constitution allowed to reveal the content of the concept "social value of the Constitution" and its relation to the concept of "constitutional values". According to the author of the article, the most consistent transformation of the Constitution into a real agreement on public consent, the full realization of its value potential, is possible in the condition of Russia's transition to sustainable development.

Key words: *constitution as a social value, constitutional values, constitutional legality, constitutional reform, sustainable development.*

ВВЕДЕНИЕ

Недавний 25-летний юбилей действующей Конституции России (12 декабря 2018 г.), активизировал интерес представителей науки конституционного права к глубокому осмыслению роли и назначения российского Основного Закона в новых общественно-политических реалиях нашей страны и в меняющемся мире¹. В условиях далеко не благополучной социально-экономической ситуации в стране и под воздействием международного давления, внешних вызовов и угроз в обществе вновь оживились дискуссии о целесообразности кардинальной конституционной реформы – то есть о разработке и принятии новой российской Конституции². На наш взгляд,

¹ См. например: Авакьян С.А. Проблемы прямого действия и применения Конституции Российской Федерации 1993 года // Конституционное и муниципальное право. 2018. №12. С. 18-26; Хабриева Т. Я. Конституционное развитие: статика и динамика (к 25-летию Основного закона России) // там же. С. 10-17; Кокотов А.Н. Конституция России 1993 года как правовая основа выбора страной цивилизационного пути // там же. С. 5-9.

² См.: Зорькин В. Буква и дух Конституции // Российская газета. 9.10. 2018.

стремление решить все российские проблемы путем замены текстов Конституции без глубинных преобразований всех сторон жизни общества и государства - проявление некоего конституционного «романтизма» или «идеализма»³.

Все это актуализирует значение аксиологического подхода к изучению российской Конституции, а, следовательно, и разработку проблем «социальной ценности конституции» и «конституционных ценностей». Следует признать, что в общественном сознании нередко как показатель признания ценности Конституции воспринимаются лишь внешние проявления уважения к Конституции как Основному закону государства и важнейшему политическому документу. К ним можно отнести то, что именем конституции в разных странах (в том числе и в России) называются площади и улицы⁴, празднуется День Конституции⁵ и др. Однако, разумеется, это далеко не главные показатели признания ценности Конституции.

В настоящей статье предпринята попытка проанализировать не только содержание и соотношение понятий «социальная ценность конституции» и «конституционные ценности», но и реальную общественно-политическую практику, свидетельствующую о все еще невысоком уровне конституционно-правовой культуры российской политической элиты, не всегда понимающей важное значение различных проявлений социальной ценности российской Конституции, и на основе анализа недавней истории показать к каким трагическим последствиям для государства и общества приводит неуважение к Основному закону. «Конституционные ценности» - закрепленные в Конституции демократические идеалы, являются одним из важнейших показателей «ценности Конституции», но, разумеется, при условии соответствия «юридической» и «фактической» конституций⁶, то есть последовательной реализации конституционных положений на практике.

Анализ правотворческой и правоприменительной деятельности российского государства пока не позволяет сделать вывод о том, что Конституция в России сегодня рассматривается политической элитой как безусловная социальная ценность, скорее

³ По данной проблеме мы солидарны с Председателем Конституционного суда России В.Д. Зорькиным (См.: Валерий Зорькин . Буква и дух Конституции// Там же. ; Бутусова Н.В. О модернизации российской Конституции (цели, задачи, пути осуществления)//Конституционное и муниципальное право. 2013.№ 1. С.5-11.).

⁴ Например, Площадь Конституции в Петербурге, в Иркутске, в Испании (г.Малага), улица Конституции в Воронеже, Уфе, Красноярске, Сочи, Новороссийске и др.

⁵ Например, праздник День Конституции был введен в Советском Союзе и традиционно отмечался после принятия Конституции СССР 1936 года (сначала 5 декабря - день принятия Конституции СССР 1936 года, затем праздник был перенесён на 7 октября -(день принятия новой Конституции СССР 1977 г). Традиция празднования Дня Конституции была вначале продолжена и в Российской Федерации: с 1994 года Указами Президента («О Дне Конституции Российской Федерации» и «О нерабочем дне 12 декабря») день принятия действующей российской Конституции (12 декабря) был объявлен государственным праздником. Однако в декабре 2004 года Государственная Дума приняла поправки в Трудовой кодекс Российской Федерации, изменяющие праздничный календарь России. И с 2005 года 12 декабря более не является в России выходным днём, но День Конституции 12 декабря причислен к так называемым памятным датам России (см.: <https://ru.wikipedia.org/wiki/>).

⁶См.: Лассаль Ф. О сущности Конституции// <http://elibrary.udsu.ru/xmlui/bitstream/handle/123456789/8897/2012167.pdf?sequence=1>

Хрестоматия по конституционному праву . Учебное пособие. / Сост. Т.И Н.А. Богданова и Д.Г.Шустов. СП б.: Издательский Дом «Алеф Пресс» 2012. С.433-446.

пока эта идея представляет собой некий общественный идеал. Но задача превращения Конституции в действительный формализованный договор об общественном согласии, закрепляющий научно обоснованные ориентиры для устойчивого развития общества и государства и правовые гарантии для развития личности, может и должна обрести черты достижимой реальности, и в настоящей статье предложены некоторые пути решения этой проблемы.

1. О понятии социальной ценности Конституции и конституционных ценностях

В соответствии с философским определением «ценность» - это «социальное определение объектов окружающего мира, выявляющее их положительное или отрицательное значение для человека и общества», это «то, что чувства людей диктуют признать стоящими над всем и к чему можно стремиться, созерцать, относиться с уважением, признанием, почтением». Ценность является не свойством какой-то вещи, а сущностью и одновременно условием полноценного бытия объекта.⁷

Следует различать понятия «ценность Конституции» или «социальная ценность Конституции» и «конституционные ценности».

Определяя социальную ценность российской Конституции, нужно, прежде всего, исходить из содержания закрепленных в ней идей и ценностей. Конституция является подлинной социальной ценностью лишь тогда, когда закрепленные ею ценности базируются на общецивилизационных ценностях, и отражают объективные закономерности, потребности и интересы развития российского общества и государства. Конституция как важнейший инструмент социального управления и элемент правовой культуры общества призвана на основе нравственных ценностей обеспечить согласование воли и интересов различных участников общественных отношений, закрепить научно обоснованные ориентиры общественного развития. По мнению Председателя Конституционного Суда Российской Федерации, профессора В.Д.Зорькина, Конституция в качестве Основного закона выполняет важнейшую социально-интегративную функцию. «Внутри страны Конституция - ключевой фактор обеспечения пусть не единодушного, но явно преобладающего общественного согласия и, значит, социально-политической стабильности. На международной арене Конституция - важнейший фактор поддержки и укрепления национальной идентичности, обусловленной историческими, социокультурными и геополитическими особенностями развития России»⁸. Однако, характеризуя действия Конституции в том числе и в обозначенных выше направлениях, В.Д. Зорькин, отмечает, что свой «правовой потенциал» Конституции не исчерпала и его нужно развивать⁹.

На наш взгляд, развитие правового потенциала Конституции означает, в первую очередь, реальное функционирование действенного механизма реализации основополагающих, обладающих наивысшей юридической силой норм Основного закона, закрепляющих важнейшие конституционные ценности.

⁷ См.: Философский словарь/ под ред. И.Т. Фролова. М. : Изд-во «Эра». 1991. С.512-513; Философский 'энциклопедический словарь. М.:ИНФРА-М.1997.С.507.

⁸ Зорькин В. Буква и дух Конституции // // Российская газета.9.10. 2018.

⁹ См.: Зорькин В. Указ. соч.//там же.

1.1 О высшей конституционной ценности и иных конституционных ценностях

Все конституционные ценности – в той или иной степени представляют собой конституционные идеалы, к наиболее полному осуществлению которых стремится государство, общество и каждый человек: это идеалы прав человека как высшей ценности, идеалы справедливости демократии и народовластия, демократического, правового, социального государства и др.(ст.1,ст.2, ст.3,ст.7,ст.12, ст.13, ст.14,ст. 15 Конституции РФ).

К *сущностным* чертам норм, закрепляющих конституционные ценности, отличающих их от иных конституционных норм, относится *их наивысшая юридическая сила* (ч.2 ст. 16 Конституции), *их обобщенный характер, они аккумулируют принципиальные черты общественных отношений, вычленяют в них главное с точки зрения высшей конституционной ценности.* Данные нормы в конституционно-правовой науке чаще всего называют «нормами –принципами» и «нормами-целями». Эти не две группы норм, а две стороны одних и тех же норм, которые находятся в состоянии постоянной реализации, которая отражает реальное состояние общественных отношений и степень приближения к цели , то есть к идеалам правового государства, народовластия, свободы, справедливости...

В современном мире выработанные мировым сообществом общепризнанные принципы и нормы международного права в качестве высшей ценности определяют человека, его права и свободы. Эта идея получила закрепление и развитие во всех современных демократических конституциях, в том числе и Конституции России (ст.2).

В зарубежных конституциях демократических государств закрепляется обязанность государства признавать и гарантировать неотъемлемые права человека, уважать и защищать человеческое достоинство, которые рассматриваются в качестве высшего предмета заботы государственной власти (например, ст. 2 Конституции Италии, ст.10 Испании; ст.1(1) Основного закона Федеративной Республики Германии; ; ст. 7 Конституции Швейцарии; ст.13 Конституции Японии и др.)¹⁰. Главный пафос ст. 2 российской Конституции заключается в том, чтобы подчеркнуть, что *именно человек, его права и свободы - единственная самоцель развития российского общества и государства и высшая цивилизационная ценность.* Не будет преувеличением вывод о том, что *судьба* нынешней цивилизации непосредственно зависит от последовательности претворения в жизнь этого конституционного идеала во всем мире. Важнейшие задачи, стоящие перед государствами в современный период, связаны с преодолением глобальных и внутренних угроз для обеспечения устойчивого развития человеческой цивилизации, способного устранить социально-экономическую и духовную дисгармонию и создать условия для всестороннего развития каждого индивида.

Закрепление человека, его прав и свобод в качестве высшей ценности *не отрицает важной роли иных конституционных ценностей, однако все они неразрывно связаны с высшей конституционной ценностью:* либо непосредственно ее конкретизируют, либо соотносятся с высшей конституционной ценностью как «цель» и «средства», выступая в качестве ее гарантий.

¹⁰ См.: Конституции зарубежных государств: Учебное пособие / Сост. Проф. В.В. Маклаков. М., 2002 . С.132,174, 68,228, 383.

К первой группе можно отнести такие конституционно закрепленные ценности, как принципы личной свободы и неприкосновенности (ст.22 Конституции РФ), достоинства личности, (ст.21,26), принцип политической свободы(ст.32), свободы творчества (ст.44), принципы экономической свободы, частной собственности и достойного человека уровня жизни (ст.7,8,34-36), и др. Ко второй группе ценностей в первую очередь, относятся ценности народовластия (ст.3), социального (ст.7), демократического, правового государства (ст.1) и др. Например, закрепление системы органов государства и демократических принципов их функционирования, являясь несомненной ценностью, выступает в первую очередь в качестве средства создания таких условий развития общества, когда человек, его права и свободы занимают главенствующее место в иерархии социальных ценностей.

Таким образом, высшая конституционная ценность является общей для всех субъектов конституционного права и выполняет интегрирующую функцию, объединяя и направляя усилия всех участников конституционно-правовых отношений к достижению главной цели – созданию таких условий функционирования общества и государства, когда человек, его права и свободы действительно являются единственной «самоцелью» общественного развития. В связи с этим, нужно подчеркнуть особую роль, значение и место нормы ст.2 в Конституции России : иные нормы Основного Закона фактически призваны создавать необходимые условия для ее последовательной реализации.

В связи с тем, что содержание норм конституционного права, закрепляющих базовые ценности и общественные отношения, в которых осуществляется реализация данных норм, далеко не всегда совпадают, есть основания для выделения *двух аспектов в понимании и изучении конституционных ценностей: как нормативной модели и как реальных общественных отношений.*

Можно говорить о *ценностях уже конституционно закрепленных и тех, которые должны быть закреплены.* Так, по мнению ученых, для предотвращения реальных угроз существованию современной цивилизации необходим переход всех государств на новую модель устойчивого развития. В Обращении российских ученых к Международному научному сообществу, подписанному ведущими российскими учеными, содержится призыв «признать *необходимость сохранения земной цивилизации*» «в качестве фундаментальной цивилизационной цели человечества» и «ввести данную цель в качестве конституционной основы государств, входящих в ООН»¹¹.

Но, разумеется, важным показателем ценности конкретной конституции является и ее *реальность* - т.е.последовательная реализация ее норм, и прежде всего, закрепляющих конституционные ценности, различными участниками правовых отношений, и, в первую очередь, органами власти и должностными лицами. Фактически речь идет о реализации *принципа конституционной законности* как безусловной ценности любого демократического общества и государства.

¹¹Обращение российских ученых к Международному научному сообществу// Парламентская газета. 26. 11.2003.

2.0 конституционной законности как безусловной социальной ценности: история и современность

Требование конституционной законности предполагает необходимость соблюдения Конституции всеми органами власти, должностными лицами, гражданами и их объединениями, полное соответствие не только «букве», но и «духу» Конституции конкретизирующих ее законов и иных нормативных правовых актов, которые не должны «умалывать», «выхолащивать» содержание принципиальных положений Основного закона. В связи проблемой обеспечения конституционной законности сохраняют свою актуальность сформулированные Ф. Лассалем еще в 19 в. положения о «реальной конституции» при условии соответствия текста конституции («юридической конституции») реальной действительности» (то есть «фактической конституции»)¹².

Исторический анализ советских конституций приводит к парадоксальному, на первый взгляд, выводу о том, что, пожалуй, самым реальным из них был первый советский Основной закон - Конституция РСФСР 1918 года¹³.

Содержание Конституции 1918 г. не может быть понято вне исторического контекста: эта российская Конституция была принята вскоре после социалистической революции, во время первой мировой войны и в условиях гражданской войны в России. Именно поэтому эта Конституция носила классовый характер, в частности, наряду с демократическими положениями всеобщего избирательного права для граждан Российской Социалистической Федеративной Советской Республики обоего пола, которым ко дню выборов исполнилось восемнадцать лет, «независимо от вероисповедания, национальности, оседлости и т.п.»(ст.64), закреплялись и положения о лишении избирательных прав представителей « не трудящихся классов» (ст. 65.)¹⁴.

Важно отметить : в Конституции 1918 года закреплялись только те права граждан, которые государство могло гарантировать, причем конкретные гарантии тех или иных прав непосредственно упоминались в тексте конституционных норм. Например, в ст.15 Конституции говорилось: «В целях обеспечения за трудящимися действительной свободы собраний Российская Социалистическая Федеративная Советская Республика, признавая право граждан Советской Республики свободно устраивать собрания, митинги, шествия и т.п., предоставляет в распоряжение рабочего класса и крестьянской бедноты все пригодные для устройства народных собраний помещения с обстановкой, освещением и отоплением». Кажущееся сегодня чрезмерным перечисление гарантий в условиях военной разрухи было весьма важно именно для обеспечения «реальности» соответствующих положений Основного Закона.

Конституция РСФСР 1918 года закрепляла широкий спектр политических прав для трудящихся., но не предусматривала ни одного социально-экономического или социально-культурного права потому, что в тех исторических условиях (война, голод, разруха) не было возможностей их гарантировать. Тем не менее в ст. 17 Конституции содержится важнейшая с точки зрения государства задача : «...Российская Социалистическая Федеративная Советская Республика ставит своей задачей предоставить рабочим и беднейшим крестьянам полное, всестороннее и

¹² См.: Лассаль Ф. О сущности Конституции// Там же.

¹³ Конституция (Основной закон) Российской Социалистической Федеративной Советской республики // СУ РСФСР. 1918. № 51. Ст.582.

¹⁴ Исчерпывающий перечень соответствующих социальных групп населения закреплялся в Конституции (ст. 65.)

бесплатное образование». Задача эта была весьма сложной : в те годы по разным оценкам грамотных в России было примерно 20-30 % населения¹⁵. Но тем не менее , эта задача к 30-м годам прошлого века была успешно решена: не только была ликвидирована безграмотность населения, но созданы реальные условия для конституционного закрепления права граждан на образование, в том числе, обязательного восьмилетнего образования. И это право на всестороннее, бесплатное образование было действительно закреплено ст.121 Конституции СССР 1936 года и Конституции РСФСР 1937 года. Это были действительно реальные, гарантированные государством права, как и впервые закрепленное на конституционном уровне право на труд(ст.118 Конституции СССР,ст. 122 Конституции РСФСР 1937 года) и иные социальные права¹⁶.

Это было безусловное достижение СССР цивилизационного значения. Однако указанные Конституции 30-х годов едва ли могут претендовать на признание их как реальных, хотя бы потому, что реализация норм, закрепляющих широкие политические и личные права граждан в условиях сталинского тоталитарного политического режима делала их в значительной мере «фиктивными». И хотя, советские Конституции, принятые в 70-е годы прошлого века, в иных политических условиях, отражают безусловный процесс демократизации всех сторон жизни государства и общества, нельзя назвать и их в полной мере реальными: здесь уже положения Конституции, в том числе закрепляющие и права граждан, отражали не только уже достигнутое, и реально гарантированное, но и то, что планировалось достичь в будущем¹⁷.

Конституция является безусловной ценностью лишь тогда, когда именно ей подчинена политика государства во всех сферах жизни, а *политическая конъюнктура и целесообразность никогда не могут быть поставлены выше требований конституционной законности*. В результате приспособления Основного Закона к политической конъюнктуре, конституция дискредитируется, утрачивает ценность документа, содержащего важные доктринальные положения, являющиеся правовой и идеологической основой развития демократического общества и государства, что в конечном итоге нередко приводит к трагическим последствиям. Ярким примером утраты ценностного значения конституции как таковой в России и в бывшем Советском Союзе могут служить события последнего десятилетия двадцатого века - когда политические интересы, идущие в разрез с Конституцией, одерживали верх.

2.1 Об утрате ценностного значения конституции в СССР и России в 90-е годы прошлого века

Последнее десятилетие прошлого века вошло в историю Советского Союза и России под названием «лихие 90-е». Семантика слова «лихой» - бравый , удалой, смелый, храбрый, но и жестокий, злой, дурной, нехороший, недобрый и т.д.¹⁸ «Лихие девяностые» - это клише, шаблонное выражение, теперь широко применяемое, в том

¹⁵ См.: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Ликбез/>

¹⁶ <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1936.htm>
<http://www.rusconstitution.ru/term/32/>

¹⁷ См.: Конституция (Основной закон) СССР (7 октября 1977 г.// <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm>;
Конституция (Основной закон) Российской Советской Федеративной Социалистической Республики (12 апреля 1978 г.)// Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1978. №15. Ст.407;

¹⁸ <https://ru.wiktionary.org/wiki/лихой>

числе политиками, журналистами, отрицательно характеризующее и рассматривающее с негативной стороны период российской истории 1990-х годов, в который произошли существенные изменения во всех сферах жизни, начиная с разрушения СССР. Для России - это время разрушительных «реформ», в частности, несправедливой, подчас преступной приватизации государственной собственности, либерализации цен, обесценивания сбережений граждан, невыплаты заработной платы, пенсий и социальных пособий, экономического кризиса, сильнейшего демографического спада, социального расслоения общества, время вооруженных конфликтов и чеченских войн, время становления терроризма, разгула организованной преступности, бандитизма и др. Это было время вестернизации, сексуальной революции, морального релятивизма и гибели всего хорошего, что удалось создать за советское время. По мнению исследователей, по человеческим и финансовым потерям этот период российской истории сравним с настоящей гражданской войной¹⁹, в частности, от распада и раздела на отдельные «княжества» в результате внешней агрессии ослабленную страну, по мнению специалистов, спас, прежде всего, «ядерный щит».

Говоря о «лихих 90-х», нельзя не вспомнить и об антиконституционном Указе Президента РФ Б.Ельцина от 21 сентября 1993 г. «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации», в котором поправки действовавшей российской Конституции 1978 года цинично мотивировались тем, «что существует более высокая ценность, нежели формальное следование противоречивым нормам, созданным законодательной властью»²⁰, о конституционном кризисе, завершившемся силовым прекращением деятельности всей системы представительных и законодательных органов власти, а также Конституционного Суда РФ (хотя формально его деятельность была «приостановлена»), обстрелом здания российского Парламента, «свертыванием» демократической процедуры подготовки новой конституции: фактически доработка текста ныне действующей Конституции осуществлялась в недрах исполнительной власти в условиях фактического единовластия узким кругом лиц из окружения Президента, то есть людьми, не уполномоченными на это обществом.

Говоря о полной утрате ценностного значения конституции в России в эти годы, следует вспомнить события, сыгравшие решающую роль в формально – юридическом разрушении Советского Союза.

Достаточно вспомнить Декларацию о государственном суверенитете РСФСР²¹ - акт политический, весьма спорной с точки зрения своей юридической природы, породивший не только парад суверенитетов, но и «войну законов». Хотя Декларация подтверждает стремление создать демократическое правовое государство « в составе обновленного Союза», но ст. 5 Декларации предусматривает верховенство российских законов над общесоюзными, что прямо противоречило не только союзной (ст.74,76), но и российской Конституции (ст.4, 76). Фактически ст.5 Декларации о государственном суверенитете РСФСР создала юридическую основу для разрушения

¹⁹ См.: См.: https://ru.wikipedia.org/wiki/Лихие_девяностые;

Федулова А. Лихие 90-е: время, когда «забывали стрелку» и «рубил» капусту//MOIARUSSIA. 15.12.2015.

²⁰См.:Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации .1993.№39.Ст.359.

²¹ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 2. Ст. 22.

Советского Союза²², ведь именно Россия исторически была центром объединения республик в Союзное государство.

Таким образом, диктуемое политическими соображениями и целями принятие Декларации о государственном суверенитете означало использование неправовых средств для движения к благим целям (как, во всяком случае, тогда считало большинство российских депутатов, голосовавших за ее одобрение). Отдаленные цели, к которым неизбежно должно было привести принятие такого документа, понимали далеко не все. Автор настоящей статьи могла в этом убедиться лично, когда, будучи на стажировке в высшем органе государственной власти России осенью 1990 года, в беседе с отдельными народными депутатами РСФСР разъясняла им политические и правовые последствия принятия Декларации о государственном суверенитете.

Однако не только российские политические лидеры, но и союзный центр, в тот период, по-видимому, также не рассматривал Конституцию как безусловную социальную ценность, а руководствовался скорее исключительно политическими соображениями.

Если вспомнить историю разрушения Советского Союза, то следует признать, что действия и российской и союзной властвующих элит привели к антиконституционному перевороту. Ведь фактически они проигнорировали волю многонационального многомиллионного советского народа на сохранение Советского Союза, выраженную на союзном референдуме 17 марта 1991 года, когда в референдуме приняло участие 79,5 % избирателей и более 76,43 % процентов от общей списочной численности избирателей на референдуме проголосовали за сохранение Союза (в России за сохранению Союза высказалось чуть больше 71 % избирателей). Была грубо нарушена ст. 5 Конституции СССР и статья 29 Закона СССР «О всенародном голосовании (референдуме СССР)» от 27 декабря 1990 г. N 1869-I, в соответствии с которой «решение, принятое путем референдума СССР, является окончательным, имеет обязательную силу на всей территории СССР и может быть отменено только путем референдума»²³.

Инициированные же политическим руководством России неконституционные действия, направленные на окончательное разрушение Союза, завершились денонсацией Договора об образовании СССР Верховным Советом РСФСР.²⁴ Постановление Верховного Совета о денонсации Союзного Договора изначально было не просто неконституционным, а юридически ничтожным, так как был денонсирован акт, который международным договором не являлся, более того, давно утратил юридическую силу, не был актом действующего права! Грубейшая юридическая и политическая ошибка была исправлена только Постановлением Государственной Думой Федерального Собрания РФ от 15 марта 1996 года N 156-II ГД N 156-II ГД «Об углублении интеграции народов, объединявшихся в Союз ССР, и отмене

²² На момент принятия российской Декларации о государственном суверенитете из 15 республик Союза ССР только 3 республики Прибалтики и Грузия в 1989-90 годах приняли свои декларации о своей государственной независимости и суверенитете, а Азербайджан в конституционном законе Азербайджанской ССР о суверенитете лишь подтвердил свой суверенитет в составе СССР. См.: https://ru.wikipedia.org/wiki/Парад_суверенитетов

²³<http://base.garant.ru/6336203/>

²⁴<http://base.garant.ru/1118296/>

Постановления Верховного Совета РСФСР от 12 декабря 1991 года "О денонсации Договора об образовании СССР»²⁵ по прошествии почти 5 лет, когда реалии жизни изменить уже было невозможно.

В Послании Федеральному Собранию Президента РФ В.Путина в 2005 году «*крушение Советского Союза*» было названо «*крупнейшей геополитической катастрофой века*», а в интервью французским СМИ в 2014 году «*одной из самых крупных гуманитарных катастроф...XX века*»²⁶.

Мы вспоминаем недавнюю историю российской Конституции не для того, чтобы «беречь прошлое» в каких-то политических целях, а для того, чтобы не допускать впредь ни при каких обстоятельствах дискредитаций Конституции России.

2.2. О некоторых современных проявлениях неуважения российской элиты к Основному Закону страны

Сегодня, когда «лихие 90-е», как сейчас принято говорить, уже позади, безусловно, постепенно происходят позитивные изменения в правосознании российской властвующей элиты в отношении понимания роли и значения Конституции в демократическом обществе. Уже трудно себе представить возможность грубых, очевидных для всех, открытых нарушений положений Конституции в правотворческой или правоприменительной деятельности государства, однако анализ упомянутой деятельности *все же не позволяет сделать вывод о том, что отношение российской элиты к Конституции претерпело принципиальные изменения, и Основной Закон представителями власти воспринимается как безусловная социальная ценность.*

В частности, вызывает *серьезную озабоченность тенденция к созданию коллизий законов, непосредственно конкретизирующих нормы Конституции.* По мнению профессора В.О. Лучина, «непоследовательность, противоречивость законодательных актов, тематически связанных с Конституцией, ослабляет ее действие».²⁷ Один из примеров - коллизии между законами, закрепляющими местонахождение федеральных органов государственной власти Российской Федерации. Речь идет о правовом «оформлении» политического решения о переводе сначала Конституционного Суда Российской Федерации, (а теперь и Верховного Суда Российской) из Москвы в Санкт-Петербург. В соответствии Федеральным конституционным законом от 5 февраля 2007 г. № 2-ФКЗ"О внесении изменений в Федеральный конституционный закон "О Конституционном Суде Российской Федерации" ²⁸ было изменено место постоянного пребывания Конституционного Суда РФ с Москвы на Санкт-Петербург. Однако до 2014 года ст.1 Закона РФ «О статусе столицы Российской Федерации», на который непосредственно ссылается ч.2 ст.70 Конституции, существовала в первоначальной редакции: «столицей Российской Федерации является город Москва. Столица Российской Федерации - место нахождения федеральных органов государственной власти Российской Федерации»²⁹, и

²⁵ <http://base.garant.ru/1118268/>

²⁶См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию Российской Федерации от 25 апреля 2005// Российская газета. 2005. 26 апр. Интервью В.Путина Французским СМИ// <http://www.fontanka.ru/2014/06/05/064/big.5.html>

²⁷ См.: Лучин В.О. . Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М. 2002.С. 82.

²⁸ <http://document.kremlin.ru/doc.asp?: ID=037846>

²⁹Российская газета от 8 мая 1993 ;СЗ РФ . 2007. N 27 ст. 3213.

только через 7 лет было дополнено положением : *«если иное не предусмотрено федеральными законами...»*³⁰(курсив мой – Н.Бутусова).

Однако отношение к российской Конституции как к безусловной социальной ценности) предполагает не только формально юридическое устранение коллизий законов. Соблюдение «буквы и духа» Конституции требует соотнесения всех законов, конкретизирующих ее нормы, с основополагающими конституционными ценностями и принципами: в первую очередь, речь идет о человеке с его правами и свободами как высшей ценности (ст.2), о суверенитете народа, демократии (ст.3,1), законности и правовом государстве(1,15) и др.

В частности, нарушение предусмотренной законом процедуры для принятия или внесения изменений в правовые акты(как нормативные, так и ненормативные), реализация которых может повлечь негативные экологические последствия - это *нарушение конституционного принципа законности* как конституционной ценности, одного из основ конституционного строя Российской Федерации. Так, до декабря 2006 (когда это нарушение части 2 ст.15 Конституции РФ было допущено) в названных случаях в качестве обязательного этапа на допроектной стадии проводилась государственная экологическая экспертиза и оценка воздействия на окружающую среду (ОВОС) таких актов с участием общественности. Теперь это отменено, и в результате реализации экологически опасных актов, управленческих решений *создается серьезная угроза конституционному строю, национальной безопасности страны, правам и свободам человека и гражданина в Российской Федерации как высшей ценности* (в первую очередь, речь идет о взаимосвязанных и взаимообусловленных правах на благоприятную окружающую среду и достоверную информацию о ее состоянии(ст.42,ст.24 Конституции), о праве на охрану здоровья (ст.41), в конечном итоге об основополагающем праве на жизнь (ст. 20) и др.).³¹

Как *неуважение к Конституции* следует рассматривать, к примеру, и то, что по истечении двадцати пяти лет со времени ее введения в действия *не приняты некоторые федеральные конституционные законы, принятие которых непосредственно ею предусмотрено.* (прежде всего речь идет о ФКЗ о Конституционном Собрании (ст.135 Конституции РФ).

Не менее серьезным ударом по авторитету Конституции являются *коллизии между содержанием законом, конкретизирующим положения Конституции, и правоприменительной практикой.*

В частности, речь идет о нарушении на практике законодательно предусмотренной процедуры внесения поправок в Конституцию Российской Федерации. Поправки в действующую Конституцию Российской Федерации вносились трижды: Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской

³⁰ О внесении изменений в Закон Российской Федерации "О статусе столицы Российской Федерации" и Федеральный закон "О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации : Федеральный закон от 29.12.2014 N 475-ФЗ (последняя редакция)//http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_172957/

³¹ См. подробнее: Бутусова Н.В. О некоторых проблемах перехода России к устойчивому развитию// Современное общество и право.2016. №2. С. 55-62.

Федерации от 30 декабря 2008 г., от 5 февраля 2014 г., а также от 21 июля 2014 г.³². В соответствии со ст. 136 Конституции РФ и Федеральным законом от 4.03.1998 г. № 33-ФЗ « О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции Российской Федерации»³³, поправки к Конституции РФ принимаются в порядке, предусмотренном для принятия федерального конституционного закона, и вступают в силу после их одобрения органами законодательной власти не менее чем двух третей субъектов Российской Федерации.

Согласно ст. 9 упомянутого Закона законодательный (представительный) орган субъекта Российской Федерации обязан рассмотреть закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации *в срок не позднее одного года со дня его принятия*. На основании ст. 11 Закона, Совет Федерации, устанавливает результаты этого рассмотрения на своем очередном заседании, *следующем за днем истечения срока* рассмотрения законодательными (представительными) органами субъектов Российской Федерации закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации.

Таким образом, в соответствии с Законом, *только в субъектах Российской Федерации поправка к Конституции может рассматриваться в течение 1 года со дня его принятия*. Тем не менее, если проанализировать хронологию внесения поправок в Конституцию Российской Федерации, то можно увидеть, что в 2008 г. *вся процедура внесения и рассмотрения поправок в Основной Закон*, начиная от официального внесения предложения о поправке к Конституции в Государственную Думу Федерального Собрания РФ до вступления поправки в силу в 2008 г. заняла менее двух месяцев, а в 2014 г., когда поправки вносились дважды, соответственно: четыре и четыре с половиной месяца. «Ускоренное» внесение конституционных поправок, вопреки требований Закона, непосредственно конкретизирующего соответствующую конституционную норму, едва ли свидетельствует об уважении и к упомянутому Закону и к Конституции Российской Федерации.

Здесь есть основания и для вывода о нарушении конституционного принципа федерализма (ст.1,ст.5) как одного из основ конституционного строя Российской Федерации. Ведь годичный срок для рассмотрения закона о поправках в субъектах РФ установлен в связи с тем, что это – весьма ответственный шаг: речь идет об Основном Законе государства, и у субъектов Федерации должно быть достаточно времени для принятия ответственного, взвешенного решения, это гарантия противодействия возможным поспешным, политически конъюнктурным поправкам, исходящим от федерального Центра, не отражающим интересы субъектов Федерации, которые по

³² См.: Об изменении срока полномочий Президента Российской Федерации и Государственной Думы: Закон РФ о поправке к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 № 6-ФКЗ// СЗ РФ. 2009. № 1.Ст.1.; О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации: Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 года № 7-ФКЗ // СЗ РФ.2009. № 1.Ст.2; О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации: Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 05.02.2014 3 2-ФКЗ//СЗ РФ.2014.№6 Ст. 548; О Совете Федерации Федерального Собрания Российской Федерации: Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 21 июля 2014 г. N 11-ФКЗ//http://pravo.gov.ru/news/2014.07/news_0597.html.

³³ См.: СЗ РФ.1998.N 10, Ст. 1146.

истечения года с момента принятия того или иного закона о поправках, могут потерять свою актуальность.

Разумеется, потребность в реформировании действующего российского Основного Закона путем внесения в него поправок существует. Как правовой и идеологический документ он полностью способен реализовать свой ценностный потенциал лишь тогда, когда обеспечивает регулирование общественных отношений адекватно потребностям общественного развития, а Конституция России с множеством ее изъянов и пробелов уже с трудом справляется с этой задачей³⁴. Характеризуя уже внесенные поправки к Конституции России, нельзя не признать, что они направлены, в первую очередь, на дальнейшее усиление исполнительной вертикали, встраивание в эту «вертикаль» всех ветвей и органов государственной власти, дальнейшее расширение полномочий Президента РФ (фактически Администрации Президента) по формированию органов государственной власти и возможностей влиять на их деятельность.

Поскольку в задачи настоящей статьи не входит детальный анализ существа конституционных поправок, отметим лишь, что вопросы реформирования системы государственной власти, как, впрочем, и иные чрезвычайно важные вопросы, нацеленные на обеспечение поступательного устойчивого развития России, в современном мире невозможно решать без гражданского общества, в том числе, без активного участия научного сообщества. Что в полной мере соответствует требованиям конституционного принципа суверенитета народа (ст.3 Конституции РФ). Поэтому если политическая элита озабочена проблемой совершенствования конституционного текста путем использования процедуры внесения в него поправок, *следовало бы с участием ученых подготовить систему таких поправок, охватывающих ряд норм с гл.3 по гл.8 Конституции и обеспечить их широкое общественное обсуждение.*

3. Последовательная реализация конституционных ценностей – важнейшее условие обеспечения ценности Конституции

Реформирование положений Конституции - «формализованного общественного договора о принципах государственного и общественного устройства»³⁵ в демократическом обществе не должно осуществляться в одностороннем порядке лишь по усмотрению властвующей элиты, без общественного обсуждения, без участия всех слоев гражданского общества, и, в первую очередь, научного сообщества, и всего народа России. Если в соответствии с Преамбулой действующей российской Конституции именно «многонациональный народ Российской Федерации», «исходя из ответственности за свою Родину перед настоящими и будущими поколениями, сознавая себя частью мирового сообщества, принимает Конституцию Российской Федерации»³⁶, то и любое реформирование Конституции не должно осуществляться без участия народа как носителя

³⁴ См.: Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения: Материалы международной научной конференции. Юридический факультет МГУ. Москва, 28-31 марта 2007 г. М., 2008. - 720с.

³⁵ Зорькин В. Доверие и право/ В.Зорькин // Российская газета. 2013.28 апр.

⁵ Конституция Российской Федерации. М., 2016. С.3.

суверенитета и единственного источника власти в Российской Федерации (ч.1 ст.3 Конституции РФ).

Норму ст.3 Основного Закона, закрепляющая *принцип суверенитета народа, который составляет квинтэссенцию демократии как социальной ценности*, можно также рассматривать как *первостепенное условие высокого уровня гарантированности прав и свобод человека и гражданина*. Согласно положениям ст.2 и ст.3 и ст. 4 Конституции РФ, закрепляющей принцип государственного суверенитета, власть государства производна от власти народа, а служение интересам народа, обеспечение прав и свобод человека и гражданина, обладающего по мысли Руссо, частицей народного суверенитета, - важнейшее предназначение и обязанность государства. В связи с этим, в Федеральном законе «О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции Российской Федерации» и Регламенте Государственной Думы следует *закрепить процедуру обязательного всенародного обсуждения поправок к Конституции*, которые обязательно должны быть предварительно всесторонне обсуждены научным сообществом.

И в случае принятия решения о широкомасштабной радикальной конституционной реформе в соответствии со ст. 135 Конституции, то есть о разработке и принятии новой Конституции, также потребуется подготовка и широкое общественное обсуждение альтернативных проектов, их общественная и научная экспертиза и др.

Для активного включения гражданского общества в процесс подготовки новой Конституции представляется необходимым в Федеральном конституционном законе о Конституционном Собрании предусмотреть положение о том, что проект новой Конституции *в соответствии с решением Конституционного Собрания выносится на всенародное обсуждение*. Всенародное обсуждение законопроекта способно обеспечить обратную связь между разработчиками проекта Конституции и гражданским обществом, каждым гражданином, российским народом в целом, который, по-видимому, в Преамбуле нового Основного закона вновь будет назван именно тем субъектом, который принимает Конституцию.

Представляется также целесообразным непосредственно в Федеральном конституционном законе «О Конституционном Собрании» урегулировать принципиальные вопросы организации и проведения всенародного обсуждения проекта новой Конституции, используя опыт подобных всенародных обсуждений в советский период (всенародного обсуждения Конституции СССР 1936года и Конституции СССР 1977 года) и современные технические возможности сбора и обработки информации, в частности, возможности Интернета. Целесообразно нормативно закрепить дополнительные гарантии учета мнений представителей научного экспертного сообщества: ни одно из научно обоснованных замечаний и предложений не должно остаться без внимания.

Разумеется, последовательная реализация конституционных ценностей демократии, народовластия (ст.1,3 Конституции) предполагает *укрепление всей системы гарантий суверенитета народа*³⁷, что позволит обеспечить обратную связь

³⁷ См.: Бутусова Н.В. Культура управления и конституционный принцип суверенитета народа (на примере России) //Општественике промени во глобални от свет: книга на апстракти/ Петта мегународна научна конференција.- Штип: Универзитет ГоцеДелчев, 2018.- С. 515-520.

между органами публичной власти и обществом, каждым гражданином; реальное вовлечение граждан и их объединений в процесс разработки, принятия и реализации законов, стратегических управленческих и политических решений на всех уровнях власти и управления; активное участие гражданского общества в контроле за деятельностью органов власти как действенное средство борьбы с коррупцией и др.

Однако не только ценность демократии, суверенитета народа, но, пожалуй, *в первую очередь ценности социальной справедливости, социального государства* менталитетом российского общества воспринимаются как важнейшие условия перевода «юридической Конституции» - в «фактическую», превращения Конституции из формально-юридического в фактический Договор об общественном согласии. По мнению Председателя Конституционного Суда РФ В.Зорькина, «судя по характеру многочисленных жалоб в Конституционный Суд, в настоящее время главным источником напряженностей в российском обществе является нерешенность социально-экономических проблем, в том числе недостаточная защита социальных прав граждан. Социологические исследования подтверждают, что ожидания и даже требования социальной справедливости выходят у населения на первый план и что несправедливости в разных сферах жизни воспринимаются людьми крайне болезненно»³⁸, подрывают доверие народа к власти, препятствуют достижению общественного согласия. Наиболее остро воспринимается обществом крайне несправедливое распределение бремени проводимых в стране экономических реформ, в частности, повышение пенсионного возраста после последних президентских выборов³⁹, а также разгул коррупции, которая представляет собой одну из серьезнейших угроз национальной безопасности страны и, по мнению, В.Д. Зорькина, является « "сферой несправедливости..."»⁴⁰. В настоящее время за чертой бедности в России находятся свыше 20 млн. россиян, тогда как число долларовых российских миллиардеров и миллионеров неизменно растет.⁴¹

В связи с этим, соглашаясь с Председателем Конституционного Суда РФ в том, что «правовой потенциал» российской Конституции не исчерпан и его «надо развивать»⁴², конституционный путь к общественному согласию и справедливости, нам видится прежде всего в последовательной реализации «положений статей 1 и 7 нашей Конституции о России как правовом, демократическом и социальном государстве»⁴³, то есть фактически в реализации норм Основного Закона, закрепляющих важнейшие конституционные ценности.

³⁸ Зорькин В. Буква и дух Конституции // Там же.

³⁹ Это несмотря на то, что демографическая ситуация в стране относится к числу самых серьезных внутренних российских угроз. Артемьев М. На грани катастрофы: почему Россия снова теряет население?// <https://www.forbes.ru/obshchestvo/379483-na-grani-katastrofy-pochemu-rossiya-snova-teryaet-naselenie>; Горбачева А. Как бороться с сокращением населения России // Независимая газета. 2019. 09.07.

⁴⁰ Зорькин В. Указ. соч. // Там же.

⁴¹ Количество долларовых миллиардеров в России вырастет на четверть//«Метагазета»// <https://metagazeta.ru/business/kolichestvo-dollarovyh-milliarderv-v-rossii-vyrastet-na-chetvert/>; Миллиардеры в России богатеют быстрее всех в мире, а количество миллионеров растет. Что происходит?// <http://kapital-rus.ru/articles/article/>

⁴² Зорькин В. Буква и дух Конституции // Там же.

⁴³ Зорькин В. Буква и дух Конституции // Там же

На наш взгляд, хотя некоторые недостатки действующей Конституции препятствуют развитию «ее потенциала» и решению упомянутых задач, в настоящее время *принятие новой Конституции* не является панацеей от всех бед и *оправдано лишь как часть широкомасштабных системного, комплексного преобразования всех сторон жизнедеятельности российского общества*. Сказанное не отражает какой-то особый современный подход: согласно положению ранее цитируемой классической работы Ф.Лассалья, следует «прежде всего создать не писаную, а действительную конституцию» (курсив наш- Н.Б.), т.е. изменить существующие в стране реальные отношения силы, изменить их в пользу граждан»⁴⁴.

Стратегия же современного конституционного развития каждой конкретной страны, помимо прочего, не может не учитывать глобальные проблемы современности и те угрозы, которые они несут народам всей планеты. Так, по мнению ученых, для предотвращения реальных угроз существованию современной цивилизации, необходим переход всех государств на новую модель устойчивого развития (в международных документах «“sustainable development”): научно обоснованное, управляемое, целенаправленное гармоничное развитие человечества как единого целого с природой и на основе общечеловеческих ценностей. По общему мнению ученых, научно обосновавших различные модели и сценарии развития современной цивилизации на ближайшие десятилетия, у человечества не так уж много времени для осуществления этого перехода: первая четверть XXI века - критический момент в человеческой истории⁴⁵. Этот вывод вновь подтвержден в юбилейном Докладе Римского клуба «Come on! Capitalism, Short-termism, Population and the Destruction of the Planet», который остается основной научной площадкой в мире, которая формулирует повестку ответственного глобализма и устойчивого развития⁴⁶. Как субъект международного права Россия с ее огромной территорией и богатыми природными ресурсами ответственна за их разумное и экологически безопасное использование не только перед собственным народом, но и перед международным сообществом.

Таким образом, *на основе конституционных ценностей и ориентиров, выработанных международным сообществом и Россией⁴⁷, в ближайшее время необходимо системное изменение всех сторон жизни российского общества в русле перехода к устойчивому развитию, и радикальная конституционная реформа должна стать составной частью этих преобразований*, способных сделать российский Основной Закон основополагающей социальной ценностью, важнейшим документом, определяющим стратегические направления новой цивилизационной модели развития. Однако уже сегодня *возможны и необходимы «точечные» изменения конституционного текста и законов, конкретизирующие основополагающие положения Конституции, для более полного и точного отражения в них «буквы и духа» Основного*

⁴⁴ Лассаль Ф. О сущности Конституции// Там же.

⁴⁵ См.подробно : Бутусова Н.В. О модернизации российской Конституции (цели, задачи, пути осуществления)//Конституционное и муниципальное право. 2013,№ 1. С.5-11; Бутусова Н.В., О некоторых проблемах перехода России к устойчивому развитию// Современное общество и право.2016,№2, С. 55-62.

⁴⁶ См.:https://www.researchgate.net/publication/322179030_Come_On_Capitalism_Short-termism_Population_and_the_Destruction_of_the_Planet

⁴⁷ См. например: Основные положения стратегии устойчивого развития России // Использование и охрана природных ресурсов в России. 2002. № 9-10.

Закона в целях защиты прав человека и обеспечения национальной безопасности России.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведенное исследование, в том числе исторический экскурс позволяет сделать вывод о том, что политически конъюнктурное отношение властвующей элиты к Конституции, тем более прямое, грубое нарушение ее принципиальных положений может приводить к утрате государственности и многочисленным человеческим потерям. Именно отношение политической элиты к Конституции как к безусловной ценности создает гарантии «социально-правовой стабильности», когда Основной закон является «нормативной основой для общественного согласия», «формализованным общественным договором о принципах государственного и общественного устройства»⁴⁸. Но это предполагает постоянную деятельность государства по реализации основополагающих конституционных норм, закрепляющих важнейшие ценности: уважение прав человека, народовластие, социальная справедливость, социальное, правовое государство и др.

Наиболее последовательная реализация конституционных ценностей, наш взгляд, возможна только в условиях перехода России к устойчивому развитию, когда и потребуются проведение радикальной конституционной реформы. В новой Конституции России, которая призвана стать основным документом, объединяющим все общество, в концентрированном виде должны быть закреплены основные цели, задачи и принципы современной цивилизационной модели развития, определены полномочия и ответственность государства по отношению к народу, обществу, индивиду в новых исторических условиях, а также заложена юридическая основа для правового регулирования отношений в русле устойчивого развития всеми отраслями российского права.

БИБЛИОГРАФИЯ

- Ernst Ulrich von Weizsäcker, Anders Wijkman. Come on! Capitalism, Short-termism, Population and the Destruction of the Planet// <https://www.amazon.com/Come-Capitalism-Short-termism-Population-Destruction/dp/1493974181>
- Авакьян С.А. Проблемы прямого действия и применения Конституции Российской Федерации 1993 года/ С.А.Авакьян // Конституционное и муниципальное право. 2018.№12.С. 18-26.
- Артемьев М. На грани катастрофы: почему Россия снова теряет население?/ М.Артемьев// <https://www.forbes.ru/obshchestvo/379483-na-grani-katastrofy-pochemu-rossiya-snova-teryet-naselenie>

⁴⁸ Зорькин В.Д. Конституционный вектор России: 20 лет реализации Основного Закона страны// Российская газета. 2013. 19 ноября.

- Бутусова Н.В. Культура управления и конституционный принцип суверенитета народа (на примере России)/ Н.В. Бутусова //Општествените промени во глобални от свет: книга на апстракти/ Петта меѓународна научна конференција.- Штип: Универзитет ГоцеДелчев, 2018.- С. 515-520.
- Бутусова Н.В. О некоторых проблемах перехода России к устойчивому развитию/ Н.В.Бутусова// Современное общество и право.2016. №2. С. 55-62.
- Бутусова Н.В. О модернизации российской Конституции (цели, задачи, пути осуществления)/ Н.В.Бутусова //Конституционное и муниципальное право. 2013,№1. С.5-11.
- Горбачева А. Как бороться с сокращением населения России/А. Горбачева //Независимая газета. 2019. 9 июля
Декларация о государственном суверенитете РСФСР// Ведомости СНГ и ВС РСФСР. 1990. № 2. Ст. 22.
- Закон РФ от 15 апреля 1993 г. N 4802-I «О статусе столицы Российской Федерации»// <http://base.garant.ru/316014/>
- Закон СССР «О всенародном голосовании (референдуме СССР)» от 27 декабря 1990 г. N 1869-I// <http://base.garant.ru/6336203/>
- Зорькин В. Буква и дух Конституции/ В.Зорькин // Российская газета. 2018. 9 октября.
- Зорькин В. Доверие и право/ В.Зорькин // Российская газета. 2013.28 апреля.
- Зорькин В.Д. Конституционный вектор России: 20 лет реализации Основного Закона страны / В. Зорькин// Российская газета. 2013. 19 ноября.
- Интервью В.Путина Французским СМИ// <http://www.fontanka.ru/2014/06/05/064/big.5.html>
- Кокотов А.Н. Конституция России 1993 года как правовая основа выбора страной цивилизационного пути/ А.Н. Кокотов // Конституционное и муниципальное право. 2018.№12.С. 5-7.
- Конституции (Основной закон) СССР 1936 года// https://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1936/red_1936/3958676/
- Конституции зарубежных государств: Учебное пособие / Сост. Проф. В.В. Маклаков. М., 2002.
- Конституции РСФСР (Основной закон) 1937 года// http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1937/red_1937/3959896/
- Конституция (Основной закон) РСФСР 1978 года// Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1978. №15. Ст.407;
- Конституция (Основной закон) Российской Социалистической Федеративной Советской республики // <https://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1918/>
- Конституция (Основной закон) СССР 1977года// <https://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/>
- Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.(с учетом поправок, внесенных Законом РФ, о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 №6-ФКЗ, от 30.12.2008 №7-ФКЗ, от 05.02.2014 №2-ФКЗ,от 21.07.2014№11- ФКЗ). М.,2016.
- Лассаль Ф. О сущности Конституции / Ф. Лассаль// Хрестоматия по конституционному праву : Учебное пособие. / Сост. Т.1 Н.А. Богданова и Д.Г.Шустов. СПб.: Издательский Дом «Алеф Пресс» 2012. С.433-446.

- Лучин В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации/ В.О.Лучин. М.: ЮНИТИ-ДАНА. 2002.
- Миллиардеры в России богатеют быстрее всех в мире, а количество миллионеров растет. Что происходит?// <http://kapital-rus.ru/articles/article/>
- О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации: Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 05.02.2014 3 2-ФКЗ//СЗ РФ.2014.№6 Ст. 548
- О внесении изменений в Закон Российской Федерации "О статусе столицы Российской Федерации" и Федеральный закон "О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации : Федеральный закон от 29.12.2014 N 475-ФЗ (последняя редакция)//http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_172957/
О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации: Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 года № 7-ФКЗ // СЗ РФ.2009. № 1.Ст.2
- О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции Российской Федерации: Федеральный закон от 4.03.1998 г. № 33-ФЗ// СЗ РФ.1998.N 10, Ст. 1146
- О Совете Федерации Федерального Собрания Российской Федерации: Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 21 июля 2014 г. N 11-ФКЗ//http://pravo.gov.ru/news/2014.07/news_0597.html. // Об изменении срока полномочий Президента Российской Федерации и Государственной Думы: Закон РФ о поправке к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 № 6-ФКЗ// СЗ РФ. 2009. № 1.Ст.1.
- Обращение российских ученых к Международному научному сообществу// Парламентская газета.2003.26 ноября.
- Послание Президента РФ Федеральному Собранию Российской Федерации от 25 апреля 2005// Российская газета. 2005. 26 апр.
- Постановлением Государственной Думой Федерального Собрания РФ от 15 марта 1996 года N 156-П ГД N 156-П ГД// <http://base.garant.ru/1118268/>
- Постановления Верховного Совета РСФСР от 12 декабря 1991 года "О денонсации Договора об образовании СССР»// <http://base.garant.ru/10164306/>
- Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения: Материалы международной научной конференции. Юридический факультет МГУ. Москва, 28-31 марта 2007 г. М., 2008.
- Указ Президента РФ Б.Ельцина от 21 сентября 1993 г. №1400 «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации»// Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации .1993.№39.Ст.359.
- Философский словарь/ под ред. И.Т. Фролова. М. : Изд-во «Эра». 1991.
- Философский энциклопедический словарь. М.:ИНФРА-М.1997.
- Хабриева Т. Я. Конституционное развитие: статика и динамика (к 25-летию Основного закона России)/ Т.Я.Хабриева // Конституционное и муниципальное право. 2018.№12. С. 10-17.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В СФЕРЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ГЕННО-МОДИФИЦИРОВАННЫХ ОРГАНИЗМОВ

Наталья Симонова

кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права юридического факультета Воронежского государственного университета, Российская Федерация,
e-mail: simonova.natalja2010@yandex.ru

Аннотация

В данной статье рассматриваются вопросы, связанные с особенностями использования генно – модифицированных организмов в сельском хозяйстве. Автор анализирует историю развития законодательства, лежащего в основе правового регулирования использования генно - модифицированных организмов, как на международном уровне, так и на примере отдельно взятого государства – Российской Федерации. Исследованы различные подходы к регулированию производства и торговли генно – модифицированными продуктами.

***Ключевые слова:** генно- модифицированные организмы (ГМО), генно – модифицированные продукты (ГМП), маркировка ГМО.*

LAW REGULATIONS IN THE SPHERE OF USING GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS

Natalia Simonova

candidate of legal sciences, associate professor of the labour law department, The Law Faculty of Voronezh University, Russia,
E-mail: simonova.natalja2010@yandex.ru

Abstract

The article deals with issues connected with peculiarities of using genetically modified organisms in agriculture. The author analyses the history of development of legislation undelining law regulations in the sphere of using genetically modified organisms on the international level and in The Russian Federation as well. Different approaches to regulating the production and the sale of genetically modified products are covered in the article.

***Keywords:** genetically modified organisms (GMO), genetically modified foods, GMO labeling.*

Уже более 40 лет проводятся исследования в области создания генетически – модифицированных организмов (ГМО). Внедрение таких инновационных технологий в производство новых типов продовольствия началось в 1996 году в странах Северной Америки и Западной Европы.

Коммерциализация ГМ – культура продолжает непрерывно расти. По данным Международной службы оценки применения агробiotехнологий (ISAAA – International Service for the Acquisition of Agri – biotech Applications)ⁱ, за последние 10 лет объем производства вырос более чем на 80 %, в 2016 году посевная площадь таких культур в мире достигла 185,1 млн. га. ГМ – культуры выращивали 26 стран, в том числе 7 развитых и 19 развивающихся государств, при этом на долю вторых приходится 54 % всех посевных площадей. Лидирующие позиции по выращиванию ГМ – культур занимают США, Бразилия, Аргентина, Канада, Индия, Китай. В США сосредоточено почти 40 % мировых площадей под ГМ – культуры – 72,9 млн. га. На долю Бразилии приходится более четверти глобальных посевов ГМ – культур – 49,1 млн. га. В Аргентине площадь таких культур составляет 23,8 млн. га, в Канаде – 11,6 млн. га, в Индии – 10,8 млн. га. В совокупности на пятерку лидеров по ГМ – посевам приходится 91 % мировых площадей под ГМ – культуры. В Европейском Союзе ГМ – культуры выращивают Испания, Португалия, Чехия, Словакия. В 2016 году ГМ – кукурузой они засеяли в совокупности 136 тыс. га.

Можно выделить два основных подхода к регулированию производства и торговли ГМ - продуктами. Согласно первому, трансгенные организмы рассматриваются в качестве продуктов, аналогичных ранее получаемым в результате селекции. Так, НАФТА (Североамериканское соглашение о свободной торговле, представленное США, Канадой и Мексикой) идет по пути вертикального регулирования, которое представляет собой систему мер, ориентированных на определенные товары, их характерные качества и свойства. Здесь предполагается регулирование производства и торговли не всех трансгенных продуктов, а только тех, которые могут быть причиной выявленных и научно обоснованных медицинских и экологических проблем. Страны Европейского Союза выступают за жесткий вариант регулирования в отношении продукции, произведенной с применением новых технологий. Здесь развитие получила горизонтальная система, требующая обязательного регулирования производства и оборота всех трансгенных продуктов, полученных с использованием биотехнологий.

Согласно заявлениям Продовольственной и сельскохозяйственной организации ООН (далее ФАО – FAO – Food and agriculture organization)ⁱⁱ, биотехнология предоставляет мощный инструмент для устойчивого развития сельского хозяйства. При правильной интеграции с другими технологиями для производства продовольствия, сельскохозяйственных продуктов и услуг она сможет оказать значительную помощь в удовлетворении потребностей растущего и все более урбанизированного населения. ФАО отмечает также, что имеет место беспокойство, вызванное потенциальными рисками, исходящими от определенных аспектов биотехнологии. Эти риски делятся на две основные категории: воздействие на здоровье человека и животных и последствия для окружающей среды. ФАО поддерживает научно-обоснованную систему оценки, которая может объективно определить выгоды и риски каждого отдельного ГМО. ФАО анализирует потенциальные выгоды и возможные риски, связанные с использованием современных технологий для повышения продуктивности и производительности растений и животных. Однако четко обозначает, что ответственность за формулирование политики по этим технологиям лежит на самих правительствах стран – участниц.

В 1963 году была образована Комиссия по Codex Alimentarius (в переводе с латыни означает закон или свод законов о пище) во исполнение резолюций, принятых в 1961 году на одиннадцатой сессии конференции ФАО (продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН) и на шестнадцатой ассамблее ВОЗ (Всемирной Организации Здравоохранения). Сам Codex Alimentarius (далее Кодекс) – это свод представленных в едином формате международно принятых стандартов и родственных текстов, относящихся к пищевым продуктам. Их предназначение – защита здоровья потребителей и обеспечение добросовестной торговли продовольствием. Стандарты Кодекса не являются заменой или альтернативой для национального законодательства. Законы каждой страны и административные процедуры содержат положения, которые необходимо соблюдать. Стандарты Кодекса включают требования к пищевым продуктам, призванные обеспечить потребителя высококачественными и полезными для здоровья пищевыми продуктами, не содержащими примесей, ухудшающих качество исходного продукта, надлежащим образом маркированными и представленнымиⁱⁱⁱ. Эти стандарты и родственные тексты по своей сути добровольны. Для того чтобы они обрели юридическую силу, их необходимо отразить в национальном законодательстве.

По вполне понятным причинам Кодекс не обходит своим вниманием и развитие биотехнологий. Его роль в этом вопросе связана с аспектом оценки риска применительно к безопасности пищевых продуктов. Оценка риска включает оценку безопасности, направленную на потенциальное выявление опасного фактора, проблемы для питания или другой угрозы безопасности, и при обнаружении опасности – на сбор информации о ее природе и степени выраженности. Оценка безопасности должна включать сравнение между пищевым продуктом, полученным средствами современной биотехнологии, и его традиционным аналогом, с акцентом на определение сходств и различий. Под эгидой Кодекса разрабатываются тексты, относящиеся к маркировке пищевых продуктов, произведенных с использованием средств современной биотехнологии^{iv}.

В 2000 году был подписан Картахенский протокол по биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии. Его цель заключается в содействии обеспечению надлежащего уровня защиты в области безопасной передачи, обработки и использования живых измененных организмов, являющихся результатом применения современной биотехнологии и способных оказать неблагоприятное воздействие на сохранение и устойчивое использование биологического разнообразия, с учетом также рисков для здоровья человека и с уделением особого внимания трансграничному перемещению (ст. 1)^v. Протокол применяется к трансграничному перемещению, транзиту, обработке и использованию всех живых измененных организмов, способных оказать неблагоприятное воздействие на сохранение и устойчивое использование биологического разнообразия, с учетом также рисков для здоровья человека (ст. 4). Протокол устанавливает довольно жесткие правила трансграничного перемещения живых измененных организмов.

В Европе основы правового регулирования использования генно – модифицированных организмов осуществляются в первую очередь в рамках законодательства Европейского Союза, а уже потом детализируются в национальном законодательстве. Как отмечает М. Валлетта, весьма трудно вписать это явление в рамки уже существующих нормативных положений и, следовательно, необходимы

такие правовые формы, которые могли бы дать решение появившимся многочисленным вопросам. Эту попытку можно было осуществить только в пределах европейского права и не только потому, что размах этого явления настолько велик, что вряд ли удастся ограничить его узкими пределами национальных правовых систем, но прежде всего потому, что это явление тесно связано с сельским хозяйством, пищевой безопасностью и рынком, то есть с теми предметами, которые входят в ведение Европейского сообщества^{vi}.

В 2002 году было учреждено Европейское агентство по безопасности продуктов питания (EFSA – European Food Safety Authority)^{vii}. Оно, сотрудничая с национальными структурами и другими организациями пищевой промышленности, обеспечивает органы Европейского союза и страны-участницы Европейского союза научными рекомендациями в вопросах, прямо или косвенно касающихся безопасности продуктов питания и корма для животных, а также в таких областях, как здоровье и благосостояние животных и охрана растений. Основные области компетенции EFSA – независимая научная оценка рисков и уведомление о рисках. В это агентство входит, в том числе группа, экспертов по генетически модифицированным организмам ГМ - продукты могут импортироваться и реализовываться в Европе, если они прошли разрешительные процедуры и были одобрены Европейским агентством по безопасности продуктов питания (EFSA).

В Европейском Союзе, начиная с 1990 года, принимаются регламенты, директивы, регулирующие оборот ГМО. И если изначально принятие директив можно рассматривать как простую реакцию на появление чего-то нового, то с течением времени ситуация значительно поменялась. Так, Директива № 18/2001/ЕС^{viii} говорит о преднамеренном выпуске в окружающую среду генетически модифицированных организмов. Данный документ ставит целью сблизить законодательные, регламентарные и административные положения государств – членов ЕС и защитить здоровье человека и окружающую среду. Здесь в основу положен принцип предосторожности. В соответствии с ним государства - члены ЕС должны обеспечить исполнение всех надлежащих мер во избежание вредного воздействия на здоровье человека и окружающую среду, которые могут возникнуть вследствие преднамеренного выпуска или размещения на рынке генетически модифицированных организмов. После размещения на рынке продуктов, содержащих ГМО или произведенных из ГМО, уведомитель должен гарантировать, что мониторинг и доклад о нем осуществляются согласно условиям, указанным в разрешении. Доклады о мониторинге предоставляются Европейской Комиссии и компетентным органам государств - членов ЕС. На основе этих докладов, в соответствии с разрешением, и в рамках плана мониторинга, указанного в разрешении, компетентный орган, получивший первоначальное уведомление, может изменить план мониторинга после первого контрольного периода. При появлении новой информации от пользователей или из других источников об опасности ГМО для здоровья человека или окружающей среды после выдачи письменного разрешения, уведомитель должен незамедлительно принять необходимые для защиты здоровья человека и окружающей среды меры, проинформировать об этом компетентный орган (ст. 20). Установлено также, что общественность должна иметь полный доступ ко всем отчетам и сообщениям. Общественность может предоставить свои комментарии Европейской Комиссии в течение 30 дней. Европейская Комиссия должна незамедлительно отправить

комментарии компетентным органам (ст. 24).

Регламент № 1829/2003 «О генетически модифицированных продуктах питания и кормах»^{ix}:

1) служит основой для обеспечения высокого уровня защиты жизни и здоровья людей, здоровья и благополучия животных, интересов окружающей среды и потребителя в отношении генетически модифицированных пищевых продуктов и кормов, при обеспечении эффективного функционирования внутреннего рынка;

2) устанавливает процедуры Сообщества для выдачи разрешения и наблюдения за генетически модифицированными пищевыми продуктами и кормами;

3) устанавливает положения для маркировки генетически модифицированных пищевых продуктов и кормов (ст. 1).

Предусмотрено ведение реестра Сообщества генетически модифицированных пищевых продуктов и кормов, причем он должен быть доступен общественности (ст. 28).

Регламент № 1830/2003^x предусматривает основные принципы отслеживаемости продуктов, состоящих из или содержащих генетически модифицированные организмы (ГМО) и продукты питания и корма, произведенные из ГМО, и ставит задачи обеспечения точности этикетирования, мониторинга их воздействия на окружающую среду и, в зависимости от конкретного случая, на здоровье человека, а также осуществления мероприятий по управлению соответствующими рисками, в том числе, в случае необходимости, изъятию продуктов из обращения (ст. 1). Отслеживаемость означает возможность отслеживать ГМО и продукты, произведенные из ГМО, на всех этапах их размещения на рынке по производственным и распределительным каналам (ст. 3).

В мировой практике сложились разные подходы к маркировке пищевых продуктов, полученных из ГМО. В США, Канаде, Аргентине такие продукты не маркируются. В странах ЕС принят 0,9 % пороговый уровень, в Японии, Австралии – 5%.

В Российской Федерации на изготовителя (исполнителя, продавца) возложена обязанность по своевременному предоставлению потребителю необходимой и достоверной информации о товарах (работах, услугах), чтобы обеспечить возможность их правильного выбора. Такая информация в отношении продуктов питания в обязательном порядке должна содержать сведения о составе, в том числе наименование использованных в процессе изготовления продуктов питания пищевых добавок, биологически активных добавок, о наличии в продуктах питания компонентов, полученных с применением генно – инженерно – модифицированных организмов, в случае, если содержание указанных организмов в таком компоненте составляет более 0,9 %^{xi}.

Требования безопасности пищевой продукции содержатся в техническом регламенте Таможенного союза «О безопасности пищевой продукции»^{xii}, согласно которому при производстве (изготовлении) пищевой продукции из продовольственного (пищевого) сырья, полученного из ГМО растительного, животного и микробного происхождения, должны использоваться линии ГМО, прошедшие государственную регистрацию. В случае если изготовитель при производстве пищевой продукции не использовал ГМО, содержание в пищевой продукции 0,9 % и менее ГМО является

случайной или технически неустранимой примесью, и такая пищевая продукция не относится к продукции, содержащей ГМО.

В Российской Федерации принят Федеральный закон «О государственном регулировании в области генно – инженерной деятельности»^{xiii}, который регулирует отношения в сфере природопользования, охраны окружающей среды, обеспечения экологической безопасности и охраны здоровья человека, возникающие при осуществлении генно – инженерной деятельности. Обозначен ряд принципов, на которых должна основываться генно – инженерная деятельность, среди них: безопасность граждан и окружающей среды; общедоступность сведений о безопасности генно – инженерной деятельности; обязательное подтверждение соответствия продукции, содержащей результаты генно – инженерной деятельности; государственная регистрация генно – инженерно – модифицированных организмов, а также продукции, полученной с применением таких организмов или содержащей такие организмы.

С 2016 года ужесточились требования по использованию ГМО в России. Например, в Федеральном законе «О семеноводстве»^{xiv} появилась норма, запрещающая ввозить на территорию Российской Федерации и использовать для посева (посадки) семена растений, генетическая программа которых изменена с использованием методов геномной инженерии и которые содержат генно – инженерный материал, внесение которого не может являться результатом природных (естественных) процессов, за исключением посева (посадки) таких семян при проведении экспертиз и научно – исследовательских работ. Федеральным законом «Об охране окружающей среды»^{xv} установлено, что запрещаются выращивание и разведение растений и животных, генетическая программа которых изменена с использованием методов геномной инженерии и которые содержат генно – инженерный материал, внесение которого не может являться результатом природных (естественных) процессов, за исключением выращивания и разведения таких растений и животных при проведении экспертиз и научно – исследовательских работ.

Правительство Российской Федерации приняло ряд постановлений, направленных на реализацию положений, обозначенных в Федеральном законе «О государственном регулировании в области генно – инженерной деятельности». В частности, Постановление «О государственной регистрации генно – инженерно - модифицированных организмов, предназначенных для выпуска в окружающую среду, а также продукции, полученной с применением таких организмов или содержащей такие организмы, включая указанную продукцию, ввозимую на территорию Российской Федерации»^{xvi}.

Сведения о зарегистрированных модифицированных организмах и продукции размещаются в сводном государственном реестре, который ведется Министерством здравоохранения Российской Федерации.

Закон «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности» предусматривает, что мониторинг воздействия на человека и окружающую среду генно – инженерно – модифицированных организмов и продукции, полученной с применением таких организмов или содержащей такие организмы, и контроль за выпуском таких организмов в окружающую среду осуществляются уполномоченными федеральными органами исполнительной власти в порядке, установленном Правительством Российской Федерации. По результатам мониторинга

Правительство Российской Федерации вправе установить запрет на ввоз на территорию России генно – инженерно – модифицированных организмов, предназначенных для выпуска в окружающую среду, и (или) продукции, полученной с применением таких организмов или содержащей такие организмы.

В Стратегии национальной безопасности Российской Федерации^{xvii} установлено, что обеспечение продовольственной безопасности осуществляется за счет, в том числе, недопущения бесконтрольного оборота генно – инженерно - модифицированных организмов, предназначенных для выпуска в окружающую среду, и продукции, полученной с применением таких организмов или содержащей их.

С начала внедрения биотехнологий в производство новых типов продовольствия и до сих пор споры об использовании генно – модифицированных организмов не утихают. Есть и сторонники, и противники ГМО. Аргументы «за» следующие: с помощью методов геной инженерии ученые получают сорта растений с заранее заданными свойствами, повышающими эффективность их использования. Такие задачи геной инженерия решает быстрее направленной селекции. ГМ – культуры меньше болеют, дольше хранятся, не боятся вредителей. С учетом стремительного роста численности населения Земли высокая урожайность ГМ – культур позволит обеспечить всех продовольствием.

В тоже время точных данных о влиянии ГМО на организм человека и окружающую среду нет. Соответственно имеются риски отрицательного влияния на человека и экологию. Как отмечает А.В. Кодолова^{xviii}, появляется все больше данных, свидетельствующих о том, что ГМО могут оказывать как краткосрочное, так и долгосрочное негативное воздействие на здоровье человека, теплокровных животных и окружающую среду. И хотя в настоящее время предвидеть масштабы социальных, экономических и экологических последствий окончательно невозможно, они могут быть очень существенными.

Следует также отметить, что проведенные в Европе научные исследования показали, что ГМ – растения и растения «традиционные» скрещиваются друг с другом, в некоторых случаях на весьма далеком расстоянии. Кроме уже известных проблем, которые ставит эта ситуация с точки зрения охраны окружающей среды, случайное скрещивание приводит к экономическим последствиям, поскольку существует риск того, что станет потенциально невозможно обеспечить производство продуктов, свободных от ГМО^{xix}.

Проведенный анализ регулирования использования ГМО говорит об интенсивном развитии правовой базы, как на международном уровне, так и в Российской Федерации. В правовом регулировании прослеживается тенденция ужесточения правил использования ГМО. Даже те страны, которые активно пропагандировали использование достижений биотехнологии, в частности ГМО, столкнулись с необходимостью государственного контроля в этой сфере, в особенности, когда речь идет о коммерческом использовании продуктов, полученных в результате достижений биотехнологии^{xx}.

Безусловно, что современное общество идет по пути прогресса. И развитие, и активное внедрение биотехнологий в различные сферы не остановить. Тем не менее, здесь следует быть предельно осторожными, так как на современном этапе еще не возможно полностью оценить воздействие ГМО на окружающую среду и человеческий организм. Безопасность ГМО для человека и окружающей среды не доказана. Задача

права, основываясь на последних достижениях науки, – четко и максимально детально регламентировать процессы производства, использования, перемещения, реализации ГМО.

-
- ⁱ Дятловская Е. Посевы ГМ – агрокультур достигли рекордных 185 млн. гектаров // Агроинвестор. 2017. 7 мая. – URL: www.agroinvestor.ru/technologies/news/27335-posevy-gm-agrokultur-v-mire-dostigli-rekordnykh-185-1-mln-gektara/ (дата обращения: 10.06.2019).
- ⁱⁱ См.: <http://www.fao.org/biotech/fao-statement-on-biotechnology/ru>
- ⁱⁱⁱ Общие принципы «Кодекса Алиментариус». – <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/about-codex/ru>
- ^{iv} См.: <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/themes/biotechnology/ru>
- ^v Картахенский протокол по биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии подписан в Монреале 29 января 2000 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
- ^{vi} Раджоньери М.П., Валлетта М. Агроэкологическое право Европейского Союза и Италии / Отв. ред. Д.О. Тузов. – М.: Статут, 2006. С. 160.
- ^{vii} См.: www.efsa.europa.eu
- ^{viii} Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 2001/18/ЕС «О преднамеренном выпуске в окружающую среду генетически модифицированных организмов и об отмене Директивы Совета ЕС 90/220/ЕС» // Справочная правовая система «Гарант».
- ^{ix} Регламент Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 1829/2003 от 22 сентября 2003 г. «О генетически модифицированных продуктах питания и кормах» // Справочная правовая система «Гарант».
- ^x Регламент Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 1830/2003 от 22 сентября 2003 г. «Относительно отслеживаемости и маркировки генетически модифицированных организмов и отслеживаемости пищевых и кормовых продуктов, произведенных из генетически модифицированных организмов и об изменении Директивы 2001/18/ЕС» // Справочная правовая система «Гарант».
- ^{xi} О защите прав потребителей: Закон Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 (в ред. от 18.03.2019) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 15. Ст. 766; СЗ РФ. 2019. № 12. Ст. 1228.
- ^{xii} О принятии технического регламента Таможенного союза «О безопасности пищевой продукции»: Решение Комиссии Таможенного союза от 9 декабря 2011 г. № 880 (в ред. от 10.06.2014). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
- ^{xiii} О государственном регулировании в области генно – инженерной деятельности: федеральный закон от 5 июля 1996 г. № 86-ФЗ (в ред. от 03.07.2016) // СЗ РФ. 1996. № 28. Ст. 3348; 2016. № 27 (ч. 2). Ст. 4291.
- ^{xiv} О семеноводстве: федеральный закон от 17 декабря 1997 г. № 149-ФЗ (в ред. от 03.07.2016) // СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5715.
- ^{xv} Об охране окружающей среды: федеральный закон от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ (в ред. от 29.07.2018) // СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 133; 2018. № 31. Ст. 4841.
- ^{xvi} О государственной регистрации генно – инженерно - модифицированных организмов, предназначенных для выпуска в окружающую среду, а также

- продукции, полученной с применением таких организмов или содержащей такие организмы, включая указанную продукцию, ввозимую на территорию Российской Федерации: Постановление Правительства Российской Федерации от 23 сентября 2013 г. № 839 (в ред. от 01.10.2018) // СЗ РФ. 2013. № 39. Ст. 4991.
- ^{xvii} О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации: Указ Президента Российской Федерации от 31 декабря 2015 г. № 683 // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. II). Ст. 212.
- ^{xviii} Кодолова А.В. Правовое регулирование использования генномодифицированных организмов в сфере экспорта сельскохозяйственной продукции в СНГ: международный и внутригосударственный аспекты // Аграрное и земельное право. 2015. № 1. С. 95.
- ^{xix} Раджоньери М.П., Валлетта М. Агрэкологическое право Европейского Союза и Италии / Отв. ред. Д.О. Тузов. – М.: Статут, 2006. С. 202-203.
- ^{xx} Петушкова Ю.А. Правовое регулирование в сфере биотехнологии в зарубежных странах // Экологическое право. 2013. № 2. С. 22.

КОРПОРАТИВНОТО УПРАВУВАЊЕ ВО ЗЕМЈИТЕ ОД БРИКС – ПРЕДИЗВИК ЗА ГЛОБАЛНАТА ЕКОНОМИЈА

Назми Маличи

Професор на ФОН Универзитет - Скопје

Зорица Силјановска

доц. д-р, ФОН Универзитет, Република Македонија – Скопје

zorica.siljanovska@fon.edu.mk

Апстракт

БРИКС е акроним за сојуз на пет најголеми национални економии во развој: Бразил, Русија, Индија, Кина и Јужноафриканската Република. Земјите членки на БРИКС се познати по нивното значително влијание врз регионалните прашања и сите се членки на групата на 20 најразвиени земји во светот (G20). Проекцијата на земјите од БРИКС е да станат главни двигатели во растот на светската економија до 2030 година. Соработката меѓу овие земји е водена не само од економски и политички фактори, туку и од неуспехот на постоечката глобална рамка која ги детерминира системите на корпоративно управување да ги задоволи потребите на овие земји. Земјите членки на БРИКС остваруваат континуиран раст, а со политичките иницијативи даваат значителен придонес за развој и на развиените земји и на земјите во развој. Последните години овие земји се сметаа за двигатели на глобалниот развој и се карактеризираат со добро развиени системи на корпоративно управување кои во континуитет ги надоградуваат и зајакнуваат.

Клучни зборови: БРИКС, развој, раст, глобализација, корпоративно управување, светска економија, финансиска стабилност.

CORPORATE GOVERNANCE IN THE BRICS COUNTRIES – A CHALLENGE FOR THE GLOBAL ECONOMY

Nazmi Malici

Professor, FON University

Zorica Siljanovska

FON University, Macedonia

E-mail: zorica.siljanovska@fon.edu.mk

Abstract

BRICS is an acronym for the alliance of the five largest emerging economies: Brazil, Russia, India, China and the South African Republic. The BRICS member states are known for their significant impact on regional issues and are all members of the group of the 20 most developed countries in the world (G20). The projection of the BRICS countries is to become the main drivers in the growth of the world economy by 2030. Cooperation between these countries is driven not only by economic and political factors, but also by the failure of the existing global framework that determines corporate governance systems to meet the needs of these countries. The BRICS member states are continuously growing, and with political initiatives, they make a significant contribution to the development of both developed and developing countries. In recent years, these countries have been seen as drivers of global development and are characterized by well developed corporate governance systems that are continually upgrading and strengthening them.

Key words: *BRICS, development, growth, globalization, corporate governance, world economy, financial stability.*

Економски раст и развој во земјите на БРИКС во периодот на глобална економска криза и корпоративното управување

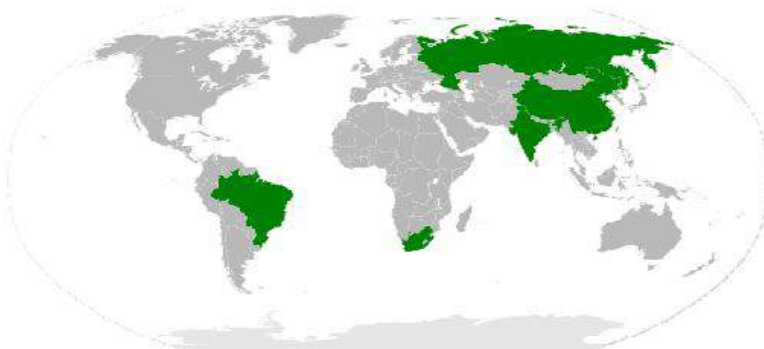
БРИКС (eng. BRICS) е акроним за сојуз на петте најголеми национални економии во светот, меѓународна политичка организација на водечките сили во развој и наследник на претходната организација БРИК, укината со вклучувањето на Јужноафриканската Република (ЈАР) во 2010 година. Сегашните пет земји-членки се Бразил, Русија, Индија, Кина и ЈАР (BRICS = Brazil, Russia, India, China и South Africa).¹ Со исклучок на Русија,² членките на БРИКС се земји во развој што се сметаат за нови сили поради нивните големи стопанства и значајно влијание во регионалните и меѓународните случувања и економски текови. Во нив живее речиси една половина од светското население, со

¹ <http://www.southafrica.info/global/brics/brics-080411.htm#.UMj7ROT7Jg0>

² http://www.un.int/russia/new/MainRoot/docs/off_news/130109/newen2.htm

збирен БДП од 13,6 трилиони долари,³ и заедно имаат надворешни резерви од 4 трилиони долари.⁴

Слика бр.1 Земјите од БРИКС на карта



Извор: <http://www.bdlive.co.za/articles/2012/03/28/brics-a-force-for-world-peace-says-china>

Поранешниот претседателот на Кина Ху Џинтао⁵ изјавил дека „земјите од БРИКС се бранители и застапници на земјите во развој и поборници за мир во светот“.⁶ Меѓутоа, некои аналитичари велат дека постојат и значајни спорни теми во рамките на организацијата, особено несогласувањата помеѓу Кина и Индија за статусот на Тибет.⁷

Во септември 2006, шефовите на дипломатиите на првичните четири членки на БРИК (Бразил, Русија, Индија и Кина) се состанале во Њујорк, започнувајќи низа средби на високо ниво. Како целина, членките на организацијата за прв пат се состанале на 16 мај 2008 во Екатеринбург, Русија.⁸

Групата одржува годишен самит секоја година од 2009 година наваму. Пред приклучувањето на ЈАР, БРИК одржале два самита: во 2009 и 2010 година. Првиот самит на петчлената група БРИКС бил одржан во 2011, а последниот 10-ти самит бил одржан од 25-27 јули во ЈАР. Тема на самитот била: “Соработката неопходен услов за инклузивен раст и заеднички просперитет“. Притоа, лидерите на земјите на БРИКС дискутирале за политичките, економските и социјалните проблеми од заеднички и меѓународен интерес. Главна цел на самитот било да се изнајдат начини за засилување

³<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2011/02/weodata/weorept.aspx?sy=2009&ey=2016&scsm=1&ssd=1&sort=country&ds=.&br=1&c=223%2C924%2C922%2C199%2C534&s=NGDPD%2CNGDPDPC%2CPPD%2CPPPPC&grp=0&a=&pr.x=101&pr.y=17>

⁴<http://www.csmonitor.com/World/Global-Issues/2011/1018/Amid-BRICS-rise-and-Arab-Spring-a-new-global-order-forms>

⁵ Ху Џинтао бил роден во Кина 1942 година. Тој бил лидер на четвртата генерација на Комунистичката партија во Кина, Генерален секретар на Комунистичката партија од 2002-2012, Претседател на централната воена комисија од 2004-2012 и Претседател на Народна Република Кина од 2003-2013 година.

⁶<http://www.bdlive.co.za/articles/2012/03/28/brics-a-force-for-world-peace-says-china>

⁷http://www.atimes.com/atimes/Global_Economy/ND03Dj01.html

⁸http://archive.kremlin.ru/eng/articles/bric_1.shtml

на соработката, консултациите и координацијата помеѓу овие земји за подобрување на квалитетот на живот на нивните граѓани и на меѓународната заедница.

БРИКС е формиран поради следниве две причини⁹:

- Да биде некој вид алтернатива на Светската банка и Меѓународниот монетарен фонд за да се предизвика доминацијата на САД, како и да се креираат девизни резерви, да се развиваат бизниси, конкуренција, управување и водење на компании, развој на наука и технологија, сопственост, приватен сектор и борба против корупцијата, отварање можности за инвестиции, создавање иновации и градење на инфраструктура, трговска размена и здравствена заштита;
- Да се создадат сопствени и самостојно управувани компании кои ќе водат сметка за економскиот развој и економските планови во земјите членки на сојузот без да бидат зависни од странски компании. Овој аспект всушност станува моќта на БРИКС за развојот на БРИКС Банката.

Здружувањето на земјите во сојуз е поткрепено од многу цели кои се се однесуваат на поддржување на трговијата, комуникацирањето, регионалната безбедност, безбедноста на луѓето, развој на човечкиот потенцијал, технолошки развој, искоренување на тероризмот и намалување на социјалните и економските зла во регионот. Со пристапувањето кон сојузот, Русија се залага за зголемување на трговијата низ Африка и Јужна Америка. Вкупниот бруто-домашен производ (БДП) на групата земји со динамичен стопански развој, позната под името БРИКС, се проценува на 13,6 трилиони долари, што е приближно еднакво на една четвртина од светскиот БДП. Членките на групата БРИКС, Бразил, Русија, Индија, Кина и Јужноафриканската Република, кои чинат 43% од вкупната светска популација, учествувале во глобалниот тек на директната странска помош во 2012 година со 11%, а во светската трговија со 17%.¹⁰

Табела бр.1 Карактеристики на земјите членки на БРИКС во периодот на светската економска криза од 2009-2011.

Економска категорија	Година	Бразил	Русија	Индија	Кина	ЈАР
БДП - паритет на куповна моќ	2011	\$2.324 трил.	\$2.414 трил.	\$4.515 трил.	\$11.29 трил.	\$562.2 бил.
	2010	\$2.262 трил.	\$2.314 трил.	\$4.210 трил.	\$10.34 трил.	\$545.1 бил.
	2009	\$2.103 трил.	\$2.219 трил.	\$3.806 трил.	\$9.356 трил.	\$529.8 бил.
БДП – официјален курс	2011	\$2.493 трил.	\$1.850 трил.	\$1.676 трил.	\$6.989 трил.	\$408.1 бил.
БДП - стапка на раст	2011	2.70%	4.30%	7.20%	9.20%	3.10%
	2010	7.50%	4.30%	10.60%	10.50%	2.90%
	2009	-0.30%	-7.80%	6.60%	9.20%	-1.50%
БДП- по глава жител	2011	\$11.90	\$17.00	\$3.70	\$8.40	\$11.10

⁹N. Mehta, V. Nair, S. Prajapati, J. Patel, V. Rajpurphit and P. Solanki. (2016). BRICS, Published on Apr 10, 2016, Available at: <https://www.slideshare.net/niyatimehta79/brics-60721350>

¹⁰ <http://kapital.com.mk>

	2010	\$11.70	\$16.20	\$3.50	\$7.50	\$10.90
	2009	\$11.00	\$15.60	\$3.20	\$7.00	\$10.70
Население под стапката на сиромаштија	2011	21.40%	13.10%	29.80%	13.40%	50%
Работна сила	2011	104.7 мил.	75.41 мил.	487.6 мил.	795.5 мил.	17.66 мил.
Стапка на невработеност	2011	6%	6%	9.80%	6.50%	24.90%
	2010	6.70%	6.70%	10%	6.10%	24.90%

Извор: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2116.html>

Улогата на БРИКС во развојот на меѓународната економија во посткризниот период

На самитот на БРИКС одржан во 2012 година, на самиот почеток на посткризниот период, земјите освен што се согласиле да го поддржат ММФ, најавиле дека во иднина ќе обезбедуваат и кредити во локални валути, со што планирале да овозможат економски пораст и во време на криза и во посткризниот период.

Експертите за овој потег сметале дека ќе помогне за намалување на трошоците за трансакциите, но и за зацврстување на тие валути на светско ниво, со што ќе можат да му парираат на доларот како резервна валута, барем во трговијата меѓу земјите членки БРИКС. Ваквата идеја била во согласност со интересите на светската економија. Еврото и доларот веќе не се монополи во улога на резервни валути. Јасно е дека на светот му требаат повеќе резервни валути.

Русија и Кина веќе неколку години тргуваат меѓусебно во рубли и јуани, а новина е што Русија планира да ја прошири локална валута и со Индија. Од своја страна, БРИКС-земјите во 2014 година ја основаа и Новата развојна банка, која може да се смета за ривал на Светска банка и на Меѓународниот монетарен фонд. Таа функционира како кредитна агенција и обезбедува финансиски средства за земјите-членки на БРИКС и за нивните заеднички проекти, но и за други земји. Целта на оваа банка не е да биде создадена само во корист на членките на БРИКС туку и за развој на други земји пошироко.

Лидерите на Бразил, Русија, Индија, Кина и на Јужноафриканската Република уште на самитот во индискиот главен град Њу Делхи заклучиле дека во иднина неопходно е да превземаат активности со цел нивната силна економска моќ да се одрази и низ поголемо влијание во финансиските институции како што се Меѓународниот монетарен фонд и Светска банка. Создавањето на заедничка развојна банка и поголемата меѓусебна трговија ќе влијаат да се спречи појава на нови глобални економски кризи кои можат да се појават и прелеат и во овие економии.

БРИКС остануваат двигатели на светскиот економски раст. Предизвик на последниот самит за лидерите било да донесат одлука за прашања поврзани не само за иднината на БРИКС, туку и за одлуки за прием на нови членки, основање постојано седиште на групацијата и осврт на неколку глобални политички прашања како што се Сирија, Иран и најверојатно, Северна Кореја. Се разговарало и за чекорите потребни за

поддршка и раст на глобалната економија особено за чекорите превземи после должничката криза во ЕУ.

Федерацијата на индиски стопански комори и индустрии објавила документ за БРИКС во кој секоја економија од таа групација треба да вложи напори да го капитализира големиот потенцијал, но подеднакво важно е нивната заемна соработка да биде проширена вон геополитичките рамки и во голема мера да биде водена од економските потреби. После глобалната финансиска криза растот сè помалку доаѓа од развиените држави на Запад. Долгорочно, експерите се и понатаму оптимисти дека БРИКС ќе биде глобален двигател на растот.

Земјите членки на БРИКС постојано ги разгледуваат меѓународните економски прашања и спроведуваат различни форми на меѓународни координативни активности како одговор на глобалните и регионалните прашања од заеднички интерес. Финансиската и економската соработка на земјите членки на БРИКС служи како нов и иновативен модел за постигнување на понатамошна соработка Југ-Југ. Поединечните земји членки на БРИКС, исто така, го прошируваат обемот на странска помош за недоволно развиените земји. Развојот на глобализација значи дека БРИКС станува важен извор на глобален раст и политичко влијание. Економиите во рамки на БРИКС брзо го зголемуваат нивниот удел во глобалниот БДП, кој од 11% во 1990 година се зголеми на речиси 30% во 2014 година. Земјите членки на БРИКС опфаќаат повеќе од 40% од светската популација, имаат над 4 трилиони американски долари резерви исочинуваат повеќе од 17% од глобалната трговија. Финансиските пазари во земјите членки на БРИКС брзо се прошируваат. На пример, за 20 години, пазарната капитализација на Бразил е зголемена од многу ниска стапка од 4% од БДП на 74%, Индија од 12% на 93%, Русија и Кина од речиси нула до 70% па дури и 81%. Во Јужна Африка, пазарната капитализација е зголемена повеќе од двојно од 123% на 278%. Според светските рангирања на S & P Global Market Intelligence, банките од овие пет земји се јавуваат меѓу првите 100 банки во светот, при што топ рангираните 4 банки се со седиште во Кина¹¹.

Заедничките интереси на земјите членки на БРИКС се следните¹²:

- желбата да се реформира застарената финансиска и економска архитектура во светот што ја игнорира растечката моќ на БРИКС;
- заедничка посветеност на принципите и нормите на меѓународното право, отфрлање на политиките на вооружен притисок и повредување на суверенитетот на другите народи;
- заеднички предизвици и проблеми поврзани со потребите на модернизација на економијата и општествениот живот;
- заемна комплементарност во разни сектори на економиите на национално ниво.

¹¹D. Mminele. (2016). "The role of BRICS in the global economy." Address by Mr. Daniel Mminele, Deputy Governor of the South African Reserve Bank, at the Bundesbank Regional Office in North Rhine-Westphalia, Düsseldorf, Germany, 7 July 2016.

¹²BRICS, A New Global Player in the Making, Available at: https://russische-botschaft.ru/wp-content/.../Brics_a_new_global_player.pp.

Соработката која се гради и развива се однесува на повеќе области. Таа е процес на повеќе нивоа со одржување на состаноци на советниците за национална безбедност, министрите за надворешни работи и други министерски состаноци за соработка во десетици области како што се економијата, трговијата, финансиите, бизнисот, земјоделството, образованието, здравство, науката и технологијата, културата и друго. Формирани се механизми за соработка, како што се: Нова банка за развој (*New Development Bank*), Контингент за резервно договарање (*Contingent Reserve Arrangement*), Бизнис совет (*Business Council*) и Совет на труст на мозоци (*Think Tank Council*). БРИКС прерасна во важна платформа за соработка меѓу нови пазари и земји во развој. Земјите од БРИКС доаѓаат од Азија, Африка, Европа и Америка. Заедно, тие сочинуваат 26,46% од светската површина, 42,58% од светската популација, 13,24% од гласачката моќ на Светска банка и 14,91% од квотата на ММФ. Според проценките на ММФ, земјите од БРИКС оствариле 22,53% од светскиот БДП во 2018 година. Тие заедно придонесоа за повеќе од 50% од светскиот економски раст во текот на последните 10 години (*BRICS 2018*).

Соработката меѓу членките на БРИКС се темели на три нивоа на меѓусебна соработка и тоа¹³:

- Формално дипломатско ангажирање меѓу националните влади;
- Ангажирање преку институции поврзани со владата, на пр. државни претпријатија и деловни совети;
- Граѓанско општество и ангажирање "луѓе-за-луѓе".

Пристапот на БРИКС е информирање за потребата за пролабачување, проширување и интензивирање на односите во групите и меѓу поединечните земји за поодржлив, правичен и заемно корисен развој. Овој пристап ги зема предвид целите за раст, развој и намалување на сиромаштијата на секоја членка за да се осигура дека односите се изградени врз економските предности на соодветната земја и да се избегне конкуренцијата онаму каде што е можно. Светската економска криза го започна процесот на вистинска глобализација, а БРИКС потврди дека тоа е возможно и остварливо.

Формални и неформални структури на корпоративно управување во земјите на БРИКС

• Бразил

Бразил започнал да гради формално правни структури на корпоративно управување во 2000 година. Лошото управување било резултат на слабата регулатива, правната несигурност, неразвиените институции, поседување акции без право на глас и сиромашни перформанси на компаниите. Во 2004 година го донесле првиот Кодекс за корпоративно управување¹⁴, кој бил модифициран во 2009 година и бил адаптиран на потребите кои ги наметнувале новите глобалните економски промени.

¹³ Africa Facts. "What is BRICS?" [web] Available at: <https://africa-facts.org/what-is-brics/>

¹⁴ Code of Best Practices of Corporate Governance, March 2004.

За краток временски период, односно во 2009 година Бразил веќе имал солидна основа за развој и унапредување на корпоративното управување, правната сигурност била на високо ниво, контролата била зајакнета, но сè уште биле присутни одредени препреки во преземањето. Постоел јавен и приватен сектор, но како лидери со ефикасни и ефективни системи на корпоративно управување се издвојувале претприемачите и инвеститорите во приватниот сектор.

Брзиот економски раст и развој, налагал и развој на системи на добро корпоративно управување. Бразил интензивно ги развивал и формалните и неформалните структури на корпоративно управување, прифаќајќи ги и имплементирајќи ги меѓународните принципи и стандарди создал поволна клима и услови за унапредување и зајакнување на корпоративното управување.

• *Русија*

Рускиот закон за корпоративно управување и имотни права бил изграден од нула во доцните 80те години на минатиот век. На развојот на корпоративното управување силно влијание имале неколку нормативни акти, започнувајќи од Законот за легализацијата на приватните компании 1986 година, Закон за имот 1991 година, Закон за приватизација државните претпријатија 1992 година, Закон за зголемување на правата на акционерите и Закон за тргување со хартии од вредност 1996 година. Заштитата на малцинските акционери и одвоеноста на улогата генерален извршен директор и претседател на одбор на директори биле исто така во насока на унапредување на корпоративното управување.

Со реформите во 2000 година, во Русија биле имплементирани меѓународните сметководствени стандарди и биле утврдени механизми за транспарентност и обелоденување на податоци. Во 2002 година во Русија бил донесен Кодекс за корпоративно управување.¹⁵

Денес Русија, покрај економскиот раст кој го остварува, се класифицира како „земја за почит“ според усогласеноста на нормите со меѓународните стандарди за добро корпоративно управување и ефикасната правна рамка изградена врз ОЕЦД принципите за добро корпоративно управување.

• *Индија*

Формалните институции на корпоративното управување во Индија после нејзината независност биле многу сиромашни и слабо развиени, но во 1991 година започнал процесот на либерализација на пазарот, а во 1998 година бил усвоен Кодекс за корпоративно управување¹⁶ многу сличен на корпоративното управување во пазарните економии.

Веќе во 1998 година Индија со воспоставената правна регулатива и институциите гарантирала и пружала различно ниво на заштита на правата инвеститорите, што било неопходен услов за развој на корпоративното управување. Од земјите во развој таа се карактеризирала со висок степен на заштита и добра формулација и на правата на акционерите и на кредиторите, што било потврда дека поставила цврста правна рамка за развој на добро корпоративно управување.

¹⁵ The Russian Code of Corporate Governance, 4 April 2002.

¹⁶ Desirable Corporate Governance in India – A Code, April 1998.

Конгломератите биле типични во Индија, немало раздвоеност меѓу сопственоста и управувањето, моќните семејства биле сопственици и го имале управувањето со компаниите во свои раце, компанијата била посебен правен субјект, се споменува сет на акционери, но семејството имало доминантна улога и комплетна контрола. Во услови кога постоела слаба и неразвиена правна регулатива и институции за заштита на правата на малцинските акционери, постоењето на концентрирана сопственост се докажало дека е од корист за ефикасно функционирање.

Во 2009 година биле донесени доброволни упатства за корпоративно управување¹⁷, кои се базирале на утврдените стандарди за унапредување и зајакнување на корпоративното управување. Тие немале обврзувачка моќ, но претставувале значајни смерници за компаниите, посебно во периодот кога доживувале експанзија, а од друга страна се соочувале со слаби системи на корпоративно управување.

- **Кина**

Формално правните структури на корпоративното управување во Кина биле неефикасни во поддршката на либерализацијата на пазарот и развојот на пазарната економија. Приватната сопственост која претставувала основен постулат на пазарната економија, правно била регулирана во оваа земја неодамна. Во 1977 година приватните компании биле нелегални и занемарливи по број, за да во 2005 година статистичките податоци во Кина констатирале сосема поинаква состојба, односно 29,3 милиони приватни бизниси, кои вработувале над 200 милиони луѓе.

До 2004 година Кина се карактеризирала со слаба и неразвиена правна инфраструктура, несигурни права од интелектуална сопственост, слабо спроведување на договорите, сопственичките права сè уште не биле официјално признати, а коефициентот на корупција бил многу висок. Препознатлива била и по тоа што како доминантни акционери во акционерските друштва кои котираше на берза се јавувала државата или нејзините агенти, што не било случај во другите пазарна економии со развиени системи на корпоративно управување.¹⁸

Кодексот за корпоративно управување на Кина¹⁹ кој бил донесен во 2004 година не бил во согласност со принципите кои важеле на Запад во повеќе сегменти, поистоветување на функцијата генерален извршен директор и претседател на одбор на директори, членовите на одборот не се независни од менаџментот, не постои дистинкција меѓу управувањето и контролата и затоа носи назив привремен кодекс. Формалната сопственост на управувачките структури се покажала како непогодна за ефикасно корпоративно управување.

- **Јужноафриканска Република**

До крајот на 80тите година на минатиот век компаниите во Јужна Африка биле изолирани, нефокусирани, управувани од безгрижни менаџери кои сметале дека се незаменливи. Деловното опкружување на овие компании комплетно се разликувало од она на напредните економи и пазари на капитал. Основа на нивното функционирање

¹⁷ Corporate Governance Voluntary Guidelines 2009, December 2009.

¹⁸ Tang Xin, Revision of Law and Corporate Governance in China: With the treatment of tunneling as an example, Tsinghua University, School of Law, 2009.

¹⁹ Provisional Code of Corporate Governance for Securities Companies, 15 January 2004.

била изолацијата. Домашните компании биле заштитени од конкуренцијата на странските производи, но биле и надвор од меѓународните пазари на капитал.

Во 2001 година се случиле радикални промени. Либерализација на трговијата, потрага по странски инвеститори, освојување на нови пазари, регулаторни реформи и создавање на нов систем за компаниите, нивните менаџери и домашните акционери.²⁰ Корпоративната структура се променила неповратно и во целост. Конгломератите биле раздвоени, а процесот на конвергенција на правната регулатива и сметководствените стандарди со меѓународните норми започнал. За економски раст потребно било нов капитал и домашен и странски, но и стратегија за негово ефикасно искористување. Во приоритети на владата биле развојот на пазарот на капитал и поддршката на приватните компании. Доброто корпоративно управување влијаело на стабилноста и остварувањето на предвидувањата за раст и развој.

Ниските стапки на задолженост, капиталните коефициенти и конзервативните банкарски практики во голема мера им помогнале на јужноафриканските компании да ги избегнат проблемите со ликвидноста и солвентноста во текот на кризата. Намалувањето на ризикот на инвеститорите и создавањето ефикасен систем на корпоративно управување, би требало да го зголеми искористувањето на капиталот и развојот на пазарот за тргување со хартии од вредност.²¹ Отпорноста на јужноафриканските компании и банки на макроекономските шокови во одредена мера било врзано со управувањето.

Во последните неколку години компаниите успеале да мобилизираат повеќе од тричетвртини од домашните заштеди во Јужна Африка, оствариле 85% од планираните инвестиции и во моментот поседуваат и управуваат со тричетвртини од капиталот на државата.²²

Подобрувањето на перформансите на компаниите придонесувале за поатрактивен пазар на капитал и поголем прилив на капитал. Пазарот, владата, регулаторните агенции, берзата и сметководителите биле движечка сила на промените, мотивирани главно од желбата да се применуваат утврдените меѓународни стандарди во Јужна Африка. Новата легислатива со која биле забранети инсајдерски тргувања, довела до опишливи промени во ставовите и однесувањето на пазарот на капитал.

Во Јужна Африка во периодот од 1994-2009 година биле донесени три кодекси за корпоративно управување. Во Кодексот за корпоративно управување кој бил донесен во 1994 година²³ било предвидено дека одборот мора да има и неизвршни директори, но не само како контролни блокови, независни од управувањето. Покрај тоа претседателот на одборот не морало да биде биран од редот на неизвршните директори. Во 2002 година бил донесен вториот кодекс²⁴ кој содржел одредби за поефикасно корпоративно управување кои во најголем дел биле во согласност со меѓународните стандарди. Третиот кодекс²⁵ кој бил донесен 2009 година, кој се применува и денес ги инкорпорира

²⁰ Philip Armstrong, Corporate Governance in South Africa – A perspective from an Emerging Market, Presentation to the 5th Eurasian Corporate Governance Roundtable, Ukraine, May 2004.

²¹ Philip Armstrong, The Evolution of Corporate Governance in South Africa, Speech delivered to the 4th Annual AIG Corporate Governance Seminar, 4 August 2004.

²² Malherbe.S and Segal.N, Corporate Governance in South Africa, 2007.

²³ King I Report, November 1994.

²⁴ King Report on Corporate Governance for South Africa-2002 (King II), March 2002.

²⁵ King Code of Corporate Governance for South Africa 2009 (King III), September 2009.

препораките за унапредување и зајакнување на корпоративното управување, раздвојување на функцијата генерален извршен директор и претседател на одбор на директори, јакнење на позицијата на неизвршните директори, баланс меѓу сопственоста-контролата-управувањето, транспарентност, дополнителни механизми за контрола и ревизија, заштита на правата на акционерите и утврдување одговорност на сите корпоративни структури.

За ефикасно корпоративно управување мора да се создаде моќен систем на корпоративна контрола, ефикасни и ефективни одбори, кои вклучуваат и независни директори, компетентни, одговорни и подготвени за спроведување на реформите и остварување на долгорочните цели.

Развојот на неформални институции на корпоративно управување во насока на остварување функционална конвергенција

Неформалните институции играат голема улога во развојот на корпоративното управување во пазарите кои се во развој, тие го подобруваат и унапредуваат управувањето и имаат силно влијание врз формалните институции и тоа е евидентно кај сите земји на БРИКС. Денес сите тие имаат поволно деловно опкружување. Поддршката и соработката меѓу акционерите, државата и локалната самоуправа е резултат на функционирањето на неформалните институции на различно ниво. Тие ја компензираат нејасната корпоративна сопственост, ги штитат акционерите и инвеститорите и го градат легитимитетот на приватните компании наспроти неизвесната правна регулатива.

Овие институции ги штитат акционерите и нивните права од злоупотреби и претставуваат мост меѓу доминантните и малцинските акционери. Тие ги неутрализираат и компензираат сите слабости во заштитата на акционерите и нивните права. Тие се носители на реформите во корист на приватната сопственост која е постулат на пазарната економија.

Земјите на БРИКС имаат комплексна структура на корпоративно управување. Во сите земји присутна е концентрира сопственичка структура и слаба формално правна заштита на правата на малцинските акционери. Во Бразил и Русија правната рамка за развој на корпоративното управување е добра на хартија, за разлика од Индија и Кина каде што не е довојно јасна и прецизна. Сопственичките права во Кина се партикуларно заштитени и недоволно транспарентни. Индија во однос на транспарентноста позитивно се оценува, но недостига вистинска контрола која е потисната од моќните семејства-сопственици на компаниите или група лица кои вршат контрола. Импликациите од ваков вид на управување сопственост-контрола-управување на едно место се различни и улогата на неформалните механизми во овој сегмент посебно доаѓа до израз.

Кина *de facto* ги признава сопственичките права, владата и државата гарантираат заштита на правото на сопственост и се преземаат низа мерки за поттикнување и привлекување странски инвестиции. Во Русија и покрај формално правната заштита на сите акционери, вклучувајќи ги и малцинските, законот во пракса слабо се применува, присутно е маргинализирање на малцинските акционери од страна на доминантните, нејасна врска меѓу големите корпоративни сопственици и владата и недостиг на ефикасни механизми за контрола на менаџерите. Кина и Индија и покрај присуството на многубројните слабости во формалните институции, имаат развиени неформални

механизми кои ги дополнуваат тие слабости и промовираат позитивни инвестициски резултати како во однос на претприемништвото така и во однос на привлекувањето странски директни инвестиции. Јужноафриканската Република ги развивала и неформалните институции, но во ниту еден сегмент не ги запоставувала и формалните, бидејќи сметала дека само така ќе може да се изгради ефикасен систем на корпоративно управување кој е неопходен за економски раст и развој.

Придонесот на земјите членки на БРИКС се гледа во следново²⁶:

- Бразил, Русија, Индија, Кина и Јужна Африка (заедно како земји БРИКС) опфаќаат повеќе од 40% од светското население и нивната комбинирана економска вредност во 2015 година изнесува речиси една третина од глобалниот бруто домашен производ на светско ниво. БРИКС се појавува како нов центар на движење во меѓународниот економски систем.
- БРИКС станува централен извор на економска динамика која во просек изнесува импресивни 56% од растот на глобалниот БДП во периодот од 2008-2018 година. БРИКС се очекува да продолжи да напредува и да стигне до стапка од повеќе од половина од глобалниот економски раст до 2030 година.
- Учеството на земјите членки на БРИКС во светската трговија речиси е тројно зголемено во последните дваесет години. Увозот и извозот на земјите членки на БРИКС продолжуваат да растат дури и во контекст на намалување на вкупниот увоз и извоз во светот во периодот од 2008-2016, преку зголемена трговија и инвестиции.
- Придонесот на земјите членки на БРИКС за глобалниот економски раст до 2030 година се очекува да биде поголем ако се зголемат инвестициите во земјите на БРИКС. Побрзиот раст на земјите членки на БРИКС води до повисоки стапки на раст во сите земји.
- Придонесот на земјите членки на БРИКС за намалување на сиромаштијата во светот е огромен. Продолжениот раст на земјите членки на БРИКС останува важен за намалување на сиромаштијата, како и за намалување на меѓународните нееднаквости.
- Активностите на земјите членки на БРИКС за промовирање на други глобални развојни цели, исто така, се од суштинска важност. Соработката за развој на земјите членки на БРИКС и активностите за реструктурирање на глобалниот економски систем играат важна улога во изразувањето на посветеноста на земјите членки на БРИКС на меѓународниот развој, заедно со улогата на трговијата и инвестициите во економскиот раст.
- БРИКС игра важна улога во овозможувањето на подобро обезбедување на глобални јавни добра кои влијаат на заедничките економски, социјални и еколошки околности.

²⁶ S. G. Reddy. (2017). "The BRICS and a Changing World." The BRICS and a Changing World. Published: 27 September 2017. Available at: <https://developingeconomics.org/2017/09/27/the-brics-and-a-changing-world/>

- Зголемениот придонес на земјите членки на БРИКС кон светската економија и зголемената важност на економските односи меѓу земјите членки на БРИКС и другите земји создаваат можност за нови иницијативи кои подобро ќе помогнат да се поддржат одржливиот и сеопфатен раст и развој.

Заклучок

Неформалните институции и механизми се носители на процесот на функционалната конвергенција на системите на корпоративно управување. Земјите во развој и глобалната финансиска криза го подпомогнаа и забрзаа процесот на конвергенција. Во услови кога развиените економии се соочуваат со слабостите на нивните системи на корпоративно управување, а економиите во развој градеа систем на корпоративно управување соодветен на економскиот раст и развој, се јави потребата од поставување меѓународни норми, стандарди и принципи за добро корпоративно управување, кои ќе бидат резултат на формална и функционална конвергенција. Конвергенцијата според многу аналитичари и експерти е прашање на опстанок, а не на избор.

Постоењето на ефикасен систем на корпоративно управување е потреба на секоја компанија која сака да биде конкурентна на глобалниот пазар. Економиите кои беа погодени од кризата преземаат мерки за унапредување и јакнење на корпоративното управување и елиминирање на забележаните слабости со цел побрзо и полесно да ги надминат последиците, а економиите во развој за да одговорат на предизвикот за понатамошен долгорочен економски раст и развој. Земјите во развој ослободени од конзервативните стеги, без припадност кон англосаксонскиот или континенталниот систем на корпоративно управување, полесно и побрзо ја прифатија конвергенцијата со цел поставување на постулати врз кои ќе се гради и развива доброто корпоративно управување. Во потрагата по ефикасен и соодветен систем на корпоративно управување тие во голема мера се и носители на процесот на конвергенција. Конвергенцијата ќе овозможи, компаниите без разлика на сопственичката структура, дали е концентрирана или дисперзирана, дали имаат едностепен или двостепен систем на управување, ако имаат здрава корпоративна структура и во своето функционирање ги инкорпорираат основните постулати за добро корпоративно управување да остваруваат позитивни резултати на долг рок.

Не постои еден најдобар систем на корпоративно управување кој ќе биде универзално прифатен и инкорпориран во функционирањето на компаниите, но постојат одредени стандарди и принципи кои се резултат на конвергенција на постоечките системи и кои водат кон добро корпоративно управување. Колку се поминимални разликите во правната регулатива, формалните и неформалните институции на корпоративното управување, толку сигурноста кај инвеститорите е поголема, а тоа значи и развој на пазарите на капитал.

Проекцијата на земјите од БРИКС (Бразил, Русија, Индија, Кина и Јужна Африка) е да станат главни двигатели на растот во светската економија до 2030 година. Но, за тоа мора да водат многу координирани меѓународни напори за зголемување на финансирањето на продуктивни инвестиции во други нови економии и во економиите во развој. Соработката на БРИКС е водена не само од економски и политички фактори, туку и од неуспехот на постоечката рамка на глобално економско управување да ги задоволи потребите на овие земји. Како резултат на тоа, земјите од БРИКС воспоставија

нов механизам за соработка кој ја промовира политичката и безбедносната структура на реформи во управувањето во ОН и во меѓународните финансиски, монетарни и трговски системи. Од значење е тоа што соработката меѓу земјите членки на БРИКС не само што дава резултати кои се во согласност со нивните сопствени интереси, туку ги одразуваат интересите и на другите земји. Нивната соработка води до прогресивни промени во меѓународниот систем.

Оттука, не изненадува тоа што овие економии станаа нови двигатели на глобалната побарувачка. Земјите членки на БРИКС се насочени кон остварување на заедничката цел за реформирање на меѓународниот финансиски и монетарен систем, со силна желба да се изгради поправеден и избалансиран меѓународен поредок кој ќе ја одразува динамиката на денешната глобална економија и ќе им служи на интересите на сите учесници на коректен начин. За таа цел, петте земји во сојузот играат важна улога во Г-20, во обликувањето на глобалната економска политика и промовирањето на финансиската стабилност. Земјите членки на БРИКС даваат значаен придонес за глобалниот раст, трговијата и инвестициите, имаат силно влијание врз зајакнувањето на глобалната економија и преобликувањето на меѓународните економски односи. Тие денес се на листата на највлијателни глобални актери кои остваруваат континуиран раст, а со политичките иницијативи даваат значителен придонес во меѓународниот развој и управувањето со глобалната економија.

Користена литература

- Almadani, A. A. (2014). "Globalization and Corporate Governance." *International Journal of Innovation, Management and Technology*, Vol. 5(5): 394-400.
- Corporate Governance Voluntary Guidelines 2009, December 2009;
- King Code of Corporate Governance for South Africa 2009 (King III), September 2009;
- Kumar, V. "Brics, THE PATH TO 2050 DREAMING WITH BRICS." Published on Oct 12, 2015;
- Mminele, D. (2016). "The role of BRICS in the global economy." Address by Mr. Daniel Mminele, Deputy Governor of the South African Reserve Bank, at the Bundesbank Regional Office in North Rhine-Westphalia, Düsseldorf, Germany, 7 July 2016;
- OECD. (2015). *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, Ankara;
- S. G. Reddy. (2017). "The BRICS and a Changing World." *The BRICS and a Changing World*. Published: 27 September 2017;
- Tang Xin, Revision of Law and Corporate Governance in China: With the treatment of tunneling as an example, Tsinghua University, School of Law, 2009;

КОМПАРАТИВЕН ОСВРТ НА ПЕНИТЕНЦИЈАРНИ УСЛОВИ ЗА ЖЕНАТА - ЗАТВОРЕНИК ВО ЗЕМЈИТЕ ОД ПОРАНЕШНА ЈУГОСЛАВИЈА

Олга Кошевалиска

проф.д-р, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ -Штип
olga.gurkova@ugd.edu.mk

Лазар Нанев

проф.д-р, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ -Штип
Lazar.nanev@ugd.edu.mk

Елена Максимова

доц.д-р, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ -Штип
elena.ivanova@ugd.edu.mk

Апстракт

Пенитенцијарната установа и затвореничкото општество, се неминовни за разгледување кога како тема го имаме криминалитетот и неговите сериозни појавни облици. Класното општество, во сиот свој досегашен развој и алтернативите кои ги нуди, сè уште не изнајде поефикасно средство за спречување на криминалитетот. Во услови кога слободата на човекот станува најзначајно и најсеопфатно заштитено право, се создаваат услови да се согледа вистинската вредност на оваа казна. И колку и да се алармира за негативните депривации од затворањето, и за установата како „универзитет на криминалот“, сепак казната сама по себе сè уште се покажува како најупотребувана во насока на превоспитување и целокупна ресоцијализација.

Жената не без причина е именувана како понежен пол и во криминологијата, од самото извршување на кривичните дела, вид, начин па сè до нејзиното казнување, и затоа би било особено погрешно доколку искуствата на мажите затвореници, како побројни, ги пресликаме и ги земеме како општи за сите затвореници воопшто. Жените се далеку помалкубројни во однос на вкупните затвореници насекаде во светот, но многу поинаку го доживува лишувањето од слобода, целокупното издржување на казната и последиците од неа, па затоа и неминовно е одоеното разгледување. Она кое притоа се наметнува како нужно е анализирање пред сè, на условите во и под кои жената ја издржува затворската казна. Подолу следи компаративен приказ за условите под кои жените од земјите во поранешна Југославија ја издржуваат затворската казна, како и заклучоците за тоа колку сите земји имаат еволуирано низ годините во остварување на минималните права на жените -затворенички.

Клучни зборови: *затвореничко општество, пенитенцијарна установа, жена, права, компарација*

COMPARATIVE REFERENCE TO THE WOMEN'S PENITENTIAL CONDITIONS - CLOSED IN THE COUNTRIES OF THE FORMER YUGOSLAVIA

Olga Koshevalska

Assoc. Prof. Dr. Faculty of Law, University "Goce Delchev" - Stip
olga.gurkova@ugd.edu.mk

Lazar Nanev

Prof. Dr Faculty of Law, University "Goce Delchev" - Stip
lazar.nanev@ugd.edu.mk

Elena Maksimova

Ass. Prof. Faculty of Law, University "Goce Delchev" - Stip
elena.ivanova@ugd.edu.mk

Abstract

The penitentiary institution and the prison society are inevitable for consideration when we start talkink about the crime and its serious manifestations. The class society, in its development and all the alternatives that is offering, has not yet found a more effective way for preventing the crime. In surroundings where human freedom becomes the most important and most comprehensive protected right, the true value of this punishment is more than clear. And no matter how much is talked or alarmed about the negative deprivations of the imprisonment, and for the institution as a "university of crime", the punishment itself, is still shown to be the most used in the direction of re-education and overall re-socialization.

The woman is not without a reason named as a "lower" sex in criminology, when it comes to committing the crimes, their kind, the way to her punishment, and it would be particularly wrong if the experiences that we get from the male prisoners, we take them as general for all the prisoners, regardless their sex. It is a fact that women are far less represented into the than total prisoners' population anywhere in the world, but they perceive deprivation of liberty so differently, as well as the overall serving of sentences and the consequences thereof, the separate study and surveys are inevitable. What is imposed, as necessary, is the analyze above all the conditions, in and under, which the woman is serving the prison sentence. Below is a comparative overview of the conditions under which women, from the countries of the former Yugoslavia, are serving their sentences, as well as the conclusions on how much these countries have evolved over the years in achieving the minimum rights of women-inmates.

Keywords: *prison society, penitentiary institution, woman, rights, comparison*

ВОВЕД

*„Затворот
претставува општествен систем
во кој се прави обид да се создаде или да се одржи
целосна или скоро целосна општествена контрола.“ (Sykes, 1958)*

Дека условите во Република Македонија за издржување на казната затвор за жени осуденички, се уникатни во своите проблеми е далеку од вистина. Праксата која постои кај нас, за жал освен географски, е многу блиска и во развојот со соседните земји. Секаде се забележува буџетско штедење, кога станува збор за жените осуденички на казна затвор, кое се должи на нивна значително помала застапеност во вкупната затвореничка популација во државата. Од друга страна, проблемот кој е присутен кај целокупната затворска популација, во сите земји од регионот – пренаселеноста, дефокусира, и de facto, не остава простор за акцентирање на положбата на жените затворенички и локациите на пенитенцијарните установи наменети за нив. Сумарно, тоа негативно се одразува на рехабилитацијата на жените затворенички и на успешноста која треба да се постигне со нивниот третман, па затоа многу поважно во случајов е посегнување по алтернативни облици на казнување онаму каде тоа е целисходно.

Државите од регионот ги имаат имплементирано поважните меѓународни документи кои се однесуваат на стандардите кои треба да ги имаат и правата кои треба да им бидат обезбедени на затворениците од страна на пенитенцијарните установи. Подолу, ќе ги презентираме законските решенија, кои, како што ќе забележиме најчесто се во согласност со меѓународните акти, а со мали осцилации меѓусебно се подудараат.

1. Домашни пенитенцијарни услови за жени - осуденички

За пенитенцијарната ситуацијата во Македонија слободно можеме да кажеме дека е вистински егземпляр на опсервациите и препораките кои постојано се издавани од страна на сите светски организации. Ризикот по психичкиот и /или физичкиот интегритет на жената започнуваат уште во најсензибилната фаза – приведувањето, а и можат да бидат најдрастични токму во оваа фаза. Затоа се смета дека сè она кое треба да биде преземено за подобрување на животот на жената која се наоѓа во една пенитенцијарна установа, мора да започне и да се применува уште на самиот почеток, односно во фазата на приведувањето. Република Македонија има четири притворски одделенија во кои можат да бидат упатени жените на кои им е одредена мерката притвор. Овие одделенија се во склоп на Затворот во Битола¹, Затворот во Прилеп², Затворот во Скопје (Шуто Оризари)³ и Затворот во Тетово⁴.

Кај нас, како држава која има пенитенцијарен капацитет од единаесет казнено поправни установи⁵, единствена пенитенцијарна установа која има услови за

¹ <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis03> (последно пристапено на 25.01.2018);

² <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis04> (последно пристапено на 25.01.2018);

³ <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis07> (последно пристапено на 25.01.2018);

⁴ <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis10> (последно пристапено на 25.01.2018);

⁵ две од затворен вид: КПД Идризово и КПД Штип, потоа КПД Струга е од отворен вид. Останатите осум се од полуотворен вид: Затвор Скопје, Затвор Куманово со отворено одделение во Крива Паланка,

овозможување на издржување на затворска казна на лица од женски пол е Казнено поправната установа „Идризово“⁶. Во КПД „Идризово“ постои посебно одделение за женски лица каде што казната затвор ја издржуваат женски лица од целата територија на Република Македонија кои се осудени со правосилна пресуда на казна затвор или малолетнички затвор независно од висината на казната. Женското одделение, физички е одвоено од делот каде казната затвор ја издржуваат мажите. Притворените женски лица се сместени во посебни простории во притворските одделенија во затворите кои се установи од полуотворен вид. Исто така, единствено во КПД Идризово се извршува казната доживотен затвор изречена на машки и женски лица, како и казната затвор изречена спрема машки и женски лица странски државјани и лица без државјанство.⁷

Одделението нема статус на женски затвор со оглед на малата бројка, иако е сочинето од три типа осудени лица, кои се разликуваат во однос на третманот и согласно Законот за извршување на санкциите⁸ треба да бидат издвоени, и тоа:

- женски полнолетни осуденички,
- осуденички кои издржуваат казна малолетнички затвор (ЗИС, чл.40, ст.4) и
- воспитно-поправен дом.

Истите, иако се поделени и имаат разлики во третманот, имаат секојдневен контакт, што овозможува комуникација и влијанија кои не се согласно Законот и постои можност за негативни последици⁹. Постоенето на само една установа каде жени можат да издржуваат казна затвор не е ниту во согласност со Бангкокските правила¹⁰. Имено, согласно член 4 од овие правила затворот треба да се наоѓа во близина на домот на осуденичката или центарот за рехабилитација, со што би се овозможило имање на редовни социјални контакти со фамилијата, а кое е особено битно за реинтеграција и социјална инклузија по излегувањето од установата. На овој начин, и со ваква поставеност, на жените во Р.Македонија и се оневозможени редовни контакти со фамилијата кое го отежува самото издржување на казната затвор и влијае деструктивно во самиот третман, со што се намалува степенот на успешност на третманот за реинтеграција уште на самиот почеток. На 16-ти септември 2013 година во Казнено - поправниот дом Идризово започнати се градежни активности. Објектите во комплексот ќе се градат во три фази, а целосната изградба и реконструкција на оваа

Затвор Струмица, Затвор Гевгелија, Затвор Прилеп, Затвор Битола, Затвор Тетово и Малолетнички Затвор – Охрид;

⁶ Казнено поправниот дом „Идризово“, со отворено одделение во Велес, е установа од затворен вид во која има висок степен на физичко и материјално обезбедување. Во КПД „Идризово“ казната затвор ја издржуваат машки лица осудени со правосилна пресуда на казна затвор над 3 години, односно кога остатокот од казната по пресметаниот притвор изнесува над 3 години, како и машки лица повторници осудени со правосилна пресуда на казна затвор над 6 месеци односно кога остатокот од казната по пресметаниот притвор изнесува над 6 месеци.

⁷ <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis01> (последно пристапено на 25.01.2018)

⁸ Закон за извршување на санкциите, „Службен весник на РМ“ бр. 2/06, 57/10, 166/14, 33/15, 98/15, 11/16

⁹ Мојаноски, Ц., Бачановиќ, О., Акимовска – Малетиќ, И., Батиќ, Д., Стефановска, В., Миленковска, М., Илијевски, И., Јованова, Н., Димитровска, А., Положбата на осудените лица во пенитенцијарните установи во Македонија, Истражувачки извештај, Универзитет „Св. Климент Охридски“ – Битола, Факултет за безбедност – Скопје, 2014, стр.248;

¹⁰ United Nation Rules for Treatment of Women Prisoners and non-custodial measures for women offenders (Bangkok Rules), Resolution 2010/13, United Nation;

установа се очекуваше да биде завршена во 2018 година, која за жал се уште не е реализирана. Меѓу останатото предвидена е и изградба на судница и нови одделенија во женското одделение со капацитет од 78 места¹¹.

Поради обезбедување на континуитет за унапредување на процесот на ресоцијализација и социјална адаптација на осудените лица, во рамките на Проектот ИПА 2009, кој започна со реализација на почетокот на 2013 година се предвидуваат и активности за доработка и развивање на сите Стандардизирани програми за специфични третмански групи на осудени лица кои беа изработени во текот на 2010/2011 година. Меѓу ваквите програми, кои опфаќаат групи на лица со слични навики или зависности (за злоупотреба на алкохол, на дрога, за насилно однесување, сексуални деликти и сл.) е предвидена и Програмата за третман на осудени лица – жени¹². Драфт верзии за оваа специфична програма за третман е изработена дури во 2016 година (од страна на работна група од вработените од секторот за ресоцијализација од КПД Штип, КПУ Затвор Скопје, КПУ Затвор Прилеп, КПУ Затвор Битолаи КПД Идрзово)¹³. Понатамошни позначајна активност од аспект на третманот претставува изработката на Општата Когнитивна програма¹⁴ во 2015 година. Програмата има когнитивно - бихејвиорален пристап¹⁵ во третманот на осудените лица што претставува новитет во македонскиот затворски систем и се настојува да се обезбедат сите потребни услови за нејзино успешно имплементирање во пракса. Во рамките на оваа Програма изработени се 5 модули за третман, и тоа за третман на жени, сексуални престапници, доживотен затвор и малолетници, како и модул за третман пред отпуст на осудени лица¹⁶.

¹¹ Годишен извештај за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено – поправните установи во Република Македонија за 2013 година, Министерство за правда, Управа за Извршување на санкции, Скопје, 2014 година, стр.9, <http://www.pravda.gov.mk/UIS/godisen2013.pdf>;

¹² Годишен извештај за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено – поправните установи во Република Македонија за 2012 година, Министерство за правда, Управа за Извршување на санкции, Скопје, 2013 година, стр. 5 http://www.pravda.gov.mk/UIS/GODISEN%20IZVESTAJ_uis_2012.pdf

¹³ Годишен извештај за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено – поправните установи во Република Македонија за 2016 година, Министерство за правда, Управа за Извршување на санкции, Скопје, 2017 година, стр.4 http://www.pravda.gov.mk/UIS/Godisen%20izvestaj%20na%20UIS%20za%202016%2010_05_2017.pdf

¹⁴ Во периодот од 6 – 8 ноември 2014 година, во рамките на ИПА проектот „Јакнење на капацитетите на органите за спроведување на законот за соодветно постапување со задржани и осудени лица“, е реализирана работилница со цел развивање на Општа когнитивна програмна од областа на третманот на осудени лица. Самаата програма предвидува креирање на когнитивно бихејвиорален пристап во третманот, што значи поврзаност на мислите, емоциите и однесувањето. Самите техники предвидени со програмата треба да овозможат препознавање на сопствените обрасци на однесување на осудените лица, и планирање и спроведување на личен план за промена, а со тоа и подобрување на третманот на осудените лица. Подетално на <http://www.pravda.gov.mk/UIS/kognitivna.pdf> ;

¹⁵ Подетално на: <http://www.institut-alternativa.com.mk/index.php/psihoterapija/skoli-i-pravci/kognitivna>;

¹⁶ Годишен извештај за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено – поправните установи во Република Македонија за 2015 година, Министерство за правда, Управа за Извршување на санкции, Скопје, 2016 година, стр.7,8, http://www.pravda.gov.mk/UIS/GI_UIS_13012017.pdf

1.1 Родова сензибилизација во правна уреденост на положбата на жените – осуденички во РМ

Согласно правната рамка во државата, жените ги имаат истите права во текот на издржувањето на казната затвор како и мажите, нормално со осцилации кои што ги налага полот. Имено, со оглед на законска и подзаконска рамка, осудената жена во Република Македонија може да побара да го одложи започнувањето на издржувањето на затворската казна доколку има дете помало од една година или ако е бремена, а до породувањето не останале повеќе од три месеци¹⁷, за разлика од осудените лица од машки пол. По секој друг критериум, достапен согласно Законот, за одлагање на почетокот на извршување на затворската казна, жената е изедначена со мажот.

Полот како критериум за класификација на осудените лица оддамна е присутен во поставувањето на пенитенцијарното уредување во Македонија. Како објективен критериум за екстерна класификација доминантен е уште во шеесетите години на минатиот век. Со донесувањето на Законот за извршување на кривичните санкции од 1961 година и Правилникот за извршување на казната лишување од слобода, доаѓа до значително подобрување и збогатување на критериумите за класификација на осудените лица. Денес, истата се прави согласно Законот за извршување на санкциите (ЗИС)¹⁸, Куќниот ред за осудените лица кои издржуваат казна затвор во казнено – поправна установа¹⁹ и Правилникот за распоредување, класификација и разместување на осудените лица²⁰. Класификацијата значи изучување на личноста на осуденикот и индивидуализација во неговиот третман. Целокупната класификација, односно поделба по соодветни одделенија, распоредување во соодветни групи како и разместување изразено преку прогресирање или репрогресирање, се презема со цел успешно реализирање на третманот и целите кои се движат во насока на ресоцијализација на лицето²¹. Затоа, многу подлабинска улога за вистинска ресоцијализација на лицето имаат параметрите за интерна класификација. Не навлегувајќи подетално за критериумите за класификација, гледајќи ја екстерната како примарна, полот, меѓу останатите (видот и природата на казненото дело и степенот на казнената одговорност.) се зема како критериум за класификација. Во ЗИС, а согласно Европските затворски правила, се наведува дека машките и женските осудени лица казната затвор ја издржуваат одвоено. При одредување на третманот на осуденичките, во предвид треба да се земат спецификите кои ги условува нејзината специфична психолошка потреба и физиолошки карактеристики како жена, односно мајчинството, психолошки и хормонални промени и одржување на контакти со децата. Ваквите специфики мора да се засметаат при дефинирање на третманот на осуденичката, а сè со цел прифаќање на одговорноста за сопственото однесување и учење вештини за самоконтрола, со што би се намалил потенцијалот и ризикот од повторно вршење на кривично дело²².

¹⁷ Член 89, став 1, точка 7, Закон за извршување на санкции;

¹⁸ Закон за извршување на санкциите, „Службен весник на РМ“ бр. 2/06, 57/10, 166/14, 33/15, 98/15, 11/16;

¹⁹ Куќен ред за осудените лица кои издржуваат казна затвор во казнено – поправна установа, Министерство за правда, јануари, 2012

²⁰ Правилник за распоредување, класификација и разместување на осудените лица, Службен весник на РМ, бр.173/2011

²¹ Види подетално член 12 и член 13 од Куќниот ред

²² Член 46, Упатство за определување на видовите и начините на третман на осудените лица, Министерство за Правда, Управа за извршување на санкции, Скопје 2011

Во поглед на општите права, кои ги уживаат сите затвореници, родовата сензибилизација доаѓа најмногу до израз доколку жената се наоѓа во посебна положба, односно, се мисли на бременост или родилка или доилка. Па, разлика постои уште при уредувањето на начинот на исхраната²³. Четири недели пред породувањето, осудените бремени жени се упатуваат во породилното одделение на установата, по претходен предлог од лекар. Доколку установата ги има обезбедено сите потребни услови за безбедно породување, жената се пораѓа таму и притоа никаде во матичната книга на родените не смее да стои податокот дека детето е родено во казнено - поправна установа. Во спротивно, доколку не располага установата со потребните услови, жената се пораѓа во општа здравствена установа. До навршена една година од животот на детето, осудената породилка останува во породилното одделение во установата²⁴. Понатаму, како и за лицата од машки пол, предвидено е правото на работа²⁵, со оглед на своите физички и психички способности кои ги утврдува лекарот во установата, како и надоместок за работа²⁶, пензиски стаж²⁷ и здравствена заштита²⁸. Со оглед на прописите, на осудените жени за време на бременоста, породувањето и мајчинството во однос на отсутствување од работа, се применуваат општите прописи и им се обезбедува стручна помош. Во сите останати права предвидени согласно законската регулатива, како право на образование, на слободни активности, спорт и рекреација, задоволување на верски потреби, контакт со надворешен свет, склучување брак, погодности и сл. жените се потполно изедначени со мажите и нема осцилации кои се врзуваат со родот.

Во поглед на третманот предвидено е дека сите облици на третман можат да се користат кај сите категории на лица од женски пол лишени од слобода. Облиците, методите и техниките што се користат во третманот на лицата од женски пол се идентични со облиците, методите и техниките што се користат во превоспитниот третман на машките осудени лица, со нужно усогласување кон посебните биолошки и психофизички особини на жената. Работата како облик на третман се преименува со нужна претпазливост и респективност во поглед на изборот на видот на работа која можат да ја вршат жените согласно нивната полова предиспозиција и психофизички способности. Медицинско-психолошкиот третман има нагласена примена во текот на издржувањето на казната особено во период на бременост, породување и постпородилен период.²⁹

Женското одделение во КПД „Идризово“ се состои од отворено и затворено одделение. Согласно извештајот на Народниот Правобранител за 2010 година, констатирано е дека истото располага со 16 соби од кои 4 во Отвореното и 10 во Затвореното одделение, како и една соба за прием на осуденичките и една за извршување на дисциплинската мерка – самица. Собите смета се добро уредени, со доволно дневна светлина, и секоја соба е снабдена со телевизор. Народниот

²³ Член 110 став 3, Закон за извршување на санкции;

²⁴ Според член 134, Закон за извршување на санкции;

²⁵ Види член 113, 114, 115, Закон за извршување на санкции;

²⁶ Види член 116, 117, 118, 119 Закон за извршување на санкции;

²⁷ Види член 123, Закон за извршување на санкции;

²⁸ Види член 124 - 134, Закон за извршување на санкции;

²⁹ Упатство за видовите и начините на третман на осудените лица, „Службен весник на Република Македонија“, 123/2007, член 58-60;

Правобранител заклучува дека креветите се опремени со душеци и нова постелнина. Просториите се свежо бојадисани, а дворот е чист и уреден. Положбата на осуденичките во однос на сместување, исхрана и лична хигиена е далеку подобра во однос на другите одделенија од КПД „Идризово“. Санитарните јазли и бањите се чисти. Одделението располага со библиотечен фонд од околку 200 книги и кантина каде осуденичките можат да купуваат неопходни средства. Правото на здравствена заштита го остваруваат преку општ лекар и стоматолог кои ги посетуваат секоја седмица. Двапати во месецот имаат и достапен гинеколошки преглед во установата.³⁰ За самицата секонстаира дека е со големина во согласност со домашните и меѓународните стандарди, но дека температурата е пониска од посакуваните прифатливи стандарди за температура во просторија за сместување. Во спалните соби, констатира, дека се сместени од 3 – 5 осуденички, што е во ред, секоја со сопствен кревет, соодветно оплеменети. Површината на собите смета дека е согласно стандардите, а температурата и влажноста во собите задоволителни. Веќе во овој извештај се упатуваат сериозни критики за санитарните јазли во женскиот дел, кој во периодот од три години се значително оштетени и во кои е присутна видлива влага³¹.

Во Извештајот за 2016 година, Народниот Правобранител констатира дека пристапот на осуденичките до здравствена служба е тежок и многу редок. Заклучува дека отсутнуваат редовни и контролни прегледи, рана детекција и превенција на болестите кај жените, дека нема обезбедено гинеколошки прегледи и дека во установата нема се уште вработено гинеколог. Забележува и дека со години нема обезбедено редовен образовен процес, како и во сите останати казнено поправни установи. Во истиот извештај, Народниот Правобранител препорачува редовна и навремена здравствена заштита на затвореничките, установата да обезбеди во секое време пристап до лекар на осуденичките согласно нивните потреби, доекипирање на здравствената служба со осоодветен персонал и итно обезбедување на редовни гинеколошки прегледи³².

При посетата во затворот, и од разговорот со затвореничките е потврдена ваквата забелешка.

2. За Република Србија

Во Република Србија единствената казнено поправна установа каде жените ја издржуваат казната затвор се наоѓа во Пожаревац. Иако и во Р.Србија, порастот на жени затворенички низ годините е евидентен, сепак и таму тие чинат сосема мал процент од вкупната затвореничка популација, која не условила развивање на повеќе центри за издржување на казната низ земјата. Според податоците од Министерството за правда на

³⁰ Информација за состојбите со оставрувањето на правата на осудените лица во казнено - поправните установи во Република Македонија, Народен Правобранител на Република Македонија, октомври 2010 година, стр. 6, <http://ombudsman.mk/upload/documents/Informacija%20KPU-2010-mk.pdf>

³¹ Годишен извештај, Народен Правобранител, Национален превентивен механизам, мај 2013 стр 40,41, <http://ombudsman.mk/upload/NPM-dokumenti/Izvestai/NPM%20Godisen%20izvestaj-2012.pdf>

³² Годишен извештај за степенот на обезбедувањето, почитување, унапредување и заштита на човековите слободи и права 2016, Народен правобранител, март 2017, стр 54 и 55, <http://ombudsman.mk/upload/Godisni%20izvestai/GI-2016/GI-2016.pdf>

Република Србија, во периодот од 2005 до 2013 година, жените чинат само 3% од вкупната затвореничка популација во државата³³. Така, во 2005 година регистрирани се 231 осуденичка на казна затвор, во 2010 - 348 осуденички, а во 2015 има 366 евидентирани осуденички³⁴. Виктимолошкото друштво во Србија нагласува дека затворите и таму се градени по мера на мажите и дека тотално се занемаруваат специфичните потреби на жените³⁵. Согласно Законот за извршување на кривични санкции во Србија, казнено поправната установа за жени се јавува како посебна установа³⁶ и е предвидена како установа од полуотворен тип. Установата располага со отворено, полуотворено и затворено одделение, во однос на степенот на обезбедување. Начинот на разместување на осуденичките како и критериумите за тоа е исто предвиден во законот како и кај нас. Но, практично, се критикува архитектонското решение на затворот, кое оневозможува доследно спроведување на класификацијата на осуденичките и одредениот третман. И иако установата, de facto, е од полуотворен тип, се акцентираат високите ѕидини кои ја обиколуваат установата и за кои, и покрај низата оправдувања од безбедносна природа, се уште се даваат сериозни негативни критики. Од истражувањата спроведени од Виктимолошкото друштво во Србија, забележано е дека зградите на установата се стари, сиви и еднолични и делуваат изветвено, што укажува на потреба од санација која во изминатата година беше на големо најавувана³⁷. За сега, установата располага со две згради за сместување на осудените затворенички, трепезарија, зграда во која се оставаат стварите на осуденичките во текот на приемот, работен погон, магацин, зграда во која се наоѓа амбуланта, како и дел за сместување на трудници и мајки со деца и просторија за семејни посети. Во однос со реалните капацитети на установата, за периодот до 2012 кој е истражуван од друштвото се смета дека истата располага со 40 % повеќе затворенички одошто има услови за тоа. Односно, КПУ брои од 200-240 затворенички, а реалниот капацитет е од 170-180 лица. Со отворањето на нов објект, што е во план, се очекува сместување на до 500 осудени жени. Но за сега, пренаселеноста создава дополнителни проблеми во животните услови во установата, како што се недостатокот на простор, зголемување на тензиите меѓу осуденичките, отежнување на работењето со нив, влошување на здравствената состојба кај нив и сл., со што се кршат правилата предвидени во Законот за извршување на

³³ Годишни извештаи за работата на Управата за извршување санкции за годините 2005, 20056, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 достапни на <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika>;

³⁴ <http://www.prisonstudies.org/country/serbia> (последно пристапено на 12.01.2018);

³⁵ Чопич, С., Шачири, Б., Жене у затвору у Србији: услови за живот осуденица у Казнено –поправном заводу за жене у Пожаревцу, Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду бр.4 Виктимолошко друштво Србије и „Прометеј“ 2012, стр. 26;

³⁶Clan 13 Zakon o izvršenju krivичnih sankcija, http://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_izvršenju_krivичnih_sankcija.html;

³⁷ Во јули 2017 година беше најавена донација од ЕУ во износ од 2,6 милиони евра, кон која Министерството за правда придонело со сума од 400.000 евра за извршување на потребна реконструкција. Донацијата беше со цел Србија да ги задоволи критериумите за вклучување во Унијата, а кои се однесуваат на казниот систем. О ЕУ нагласија дека ваквата донација и реконструкција се неопходни и за подигање на нивото на безбедност при извршување на кривичните санкции, но и за заштита на основните права на затвореничките. Реновирањето треба да биде реализирано преку обновување на постоечките објекти како и изградба на нов павилјон. Види: <https://www.blic.rs/vesti/drustvo/pocela-rekonstrukcija-zatvora-za-zene-u-pozarevcu/n5p44kj>, http://www.rtv.rs/sr_lat/drustvo/rekonstrukcija-zatvora-za-zene-u-pozarevcu_843141.html;

кривични санкции на Србија, за постоење на четири метри квадратни и осум кубни метра простор по затвореник. Собите иако опремени согласно прописите, во полуотворениот и затворениот дел се смета дека немаат достапност до природна светлина колку што е потребно. Влагата и во оваа установа се наметнува како проблем. Телефонски говорници, место за пошта, Куќен ред, дневни соби опремени со телевизори, шах и сл. ги има и овде како и кај нас. Она кое е за пофалба е постоењето на посебна просторија за сместување на жени со инвалидитет, чие средување започнало во 2011 година. Оваа просторија има посебен под, рампа, прилагоден тоалет, инвалидска количка, и сл.

Во склоп со трепезаријата имаат и кантина каде можат да се снабдат со потребни производи, храна и цигари и сл. Цените во кантината се пониски од редовните цени. Плаќањето се врши со книшка која ја имаат кај себе, бидејќи готовина кај осуденичките не смее да има. Хигиената ја одржуваат сами и е на високо ниво, со оглед на расположливите услови. Во поглед на работата како третман, која значи стекнување, одржување и зголемување на работните способности кај осуденикот, навиките и стручното знаење, во затворот во Србија, околу 40-60 % од затвореничките се работно ангажирани. Дел работат во кројачки работилници, на изработка на накит, чистење ореви, изработуваат хартиени галантерии, кутии, играчки, потоа работат во трепезарии, го уредуваат дворното место, работат во градината или во пластеник. Надвор од установата се ангажирани на работа во економијата на Забели, во градска чистота за чистење и уредување на јавни површини, берат овошки во с. Браничево и сл³⁸. Сепак и овде работниот процес не е доследен и често е прекинуван поради временските услови, недостаток на сировини, лоша опрема за работа и сл. Но, правата на работничките кои произлегуваат од заснован работен однос им се загарантирани и доследно се исполнуваат. Процесот на образованието и овде, како и кај нас, не се спроведува, туку само одредени курсеви, што се должи главно на недоволната мотивација и желба на осуденичките. Во поглед на правото на здравствена заштита, истата за затвореничките е бесплатна и според податоците кои ги изнесуваат вработените таму, скоро секоја затвореничка е корисник на одредена терапија – од витаминска до метадонска. Најмногу се издаваат невропсихијатарски терапии, а дури 50% од нив, паѓаат на лечење депресија и нервоза. Амбуланатата во установа се наоѓа во затворскиот круг. Има општа, стоматолошка и гинеколошка ординација и диспансер со легла за болни. Затворот располага со терен за рекреација и спорт на отворено, како и просторија за рекреација внатре, односно сала за аеробик, вежбање и спортски активности. Затвореното одделение има посебна сала за таа намена во склоп со одделението. Во просторијата за слободни активности, затвореничките во слободно време можат да се занимаваат со плетење, везење, сликање и цртање, вклучување во драмска секција и сл. Установата располага и со библиотека со околу 4500 книги, и секојдневно добиваат дневен весник *Политика*. Во поглед на одржување на културно – забавниот живот на осуденичките, во установата редовно се организирани приредби и гостувања на разни уметници – драмски, фолклорни, музички и сл. Во свечената сала

³⁸ Чопич, С., Стевкович, Л., Шачири, Б., Третман и остваривање права осуденица у Казнено –поправном заводу за жене у Пожаревцу, Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду бр.4 Виктимолошко друштво Србије и „Прометеј“ 2012, стр. 48;

која е во склоп со установата се одржуваат приредби, установата има кино сала каде се врши и проекција на филмови³⁹.

И во Република Србија постоењето на само една установа за издржување на казната затвор за жени осуденички значи кршење на Бангкокските правила. И овде, како и кај нас, е оневозможено одржување на редовен контакт со фамилијата поради физичка оддалеченост, која се смета за неприфатлива и негативна за третманот и целокупната ресоцијализација на осуденичката. Целокупната слика за пенитенцијарната установа е оценувана долги години како далеку од задоволителна, што како проблем е препознат од страна на властите, па поради тоа се и најавуваните обнови. Сепак, проблемите на кои укажуваат самите затворенички овде не се сведуваат единствено на архитектонското решение и на внатрешното уредување. Во интервјуа кои се правени со нив при едно истражување, затвореничките најмногу се жалат на недостигот од приватен простор, кој се должи на пренаселеноста, потоа на лошата храна како и на достигнувањето на храната добиена од пакетите до нив. Тие сметаат дека е подобро храната да ја подготвуваат самите, но сепак таа им се носи од КПУ Пожаревац-Забела, а кое се објаснува (оправдува) со фактот дека постои економска неисплатливост во организирање на централна кујна, како и недостатокот од простор за организирање на чајни кујни во сместувањето⁴⁰. Исто така, се жалат и на недоволниот број на тоалети и тушеви во однос на вкупниот број на затворенички, што не дозволува соодветно одржување на хигиената, на големиот дел од санитарните јазли и уреди кои се во лоша состојба и никогаш немале доволно топла вода, потоа немање на соодветни услови за перење и сл.

3. За Република Хрватска

Растот на вкупната женска затвореничка популација е евидентиран и во Република Хрватска низ годините. Сепак, година по истражувачкиот период бележи сериозно опаѓање. Ако во 2000 година имаме 74 регистрирани женски затворенички, кој број за малку се дуплира во 2005 година на 140 затворенички. Во 2010 година Хрватска брои 225 затворенички, кој број во 2016 опаѓа на 132.⁴¹

Република Хрватска исто така се соочува со проблемот детектиран кај нас и во Република Србија, а кој исто така значеше не согласување со член 4 од Бангкокските правила. Имено, и оваа земја располага само со една пенитенцијарна установа во која жените можат да ја издржуваат казната затвор.

Затворот за жени е лоциран во Пожега и е со капацитет од 165 легла. Вкупниот број на затворенички во Хрватска чини 3,5% од целокупната затвореничка популација, што укажува на причината поради која Хрватска располага само со една установа за жени. Сепак, и овде се критикува фактот што половина од затвореничката женска

³⁹ Чопич, С., Стевкович, Л., Шачири, Б., Третман и остваривање права осуденица у Казнено –поправном заводу за жене у Пожаревцу, Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду бр.4 Виктимилошко друштво Србије и „Прометеј“ 2012, стр. 57;

⁴⁰ Чопич, С., Шачири, Б., Жене у затвору у Србији: услови за живот осуденица у Казнено –поправном заводу за жене у Пожаревцу, Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду бр.4 Виктимилошко друштво Србије и „Прометеј“ 2012, стр. 41;

⁴¹ <http://www.prisonstudies.org/country/croatia> (последни пристапено на 18.01.2018);

популација е оддалечена од семејството по просечно 200 км, и принудно одвоена од физички контакт со најблиските по година време⁴².

Се работи за казнено поправна установа од затворен тип, со отворено и полуотворено одделение. Во оваа установа се издржува и казната малолетнички затвор. Правата и обврските на затворениците се уредени во Законот за извршување на казната затвор⁴³ кои, во главно, предвидуваат исто како и нашите законски и подзаконски одредби, како правото на работа и на образование, на соодветна исхрана, право на здравствена заштита, право на тајност на лични податоци, на соодветна стручна правна помош, на адекватно сместување и сл. За жените е предвидена посебна здравствена заштита и е нагласена потребата од достапност на гинеколог и гинеколошки прегледи, како и заштита на мајчинството и на трудниците со адекватни лекарски третмани, исхрана и прилагодување на засебен програм за издржување на затворската казна. Детето со мајката во институцијата може да остане до навршување на три години, а одлуката за тоа, по молба на мајката, ја носи Центарот за социјална работа. Мајките и децата се сместени во посебно одделение и имаат право на неделна посета од страна на членовите на семејството. За детето, исто така е предвидена достапност на адекватна здравствена заштита и за детето кое престојува со мајката во установата. Потребната опрема и стручна нега за детето ја обезбедува самата установа. Со цел обезбедување на правилен развој на детето предвидено е, по навршување на една година, негово вклучување во предшколска програма надвор од казнено – поправната установа. Во Република Хрватска, по 2010 година е ставен поголем акцент на жените затворенички кои воедно се и мајки. Од статистичките податоци за 2015 година е воочено дека женската затвореничка популација чини 5% од вкупната, но декка 60-80% од неа отпаѓаат на жени кои воедно се и мајки. Затоа во 2014 година е покренат и проект со назив „ma#me“ чија цел е охрабрување и ојачување на затвореничките за родителската улога и вклучување на пазарот на трудот⁴⁴. Во генералните права, кои се однесуваат за сите затвореници, а кои можат да се пресликаат за жените кои биле претходно виктимизирани, пред сторувањето на кривичното дело, предвидено е дека се можни ограничувања на контактите со надворешниот свет, односно со оние лица од кои биле виктимизирани, а со цел осигурување на безбедноста на затвореникот⁴⁵.

Во истражување⁴⁶ од 2005 година за животот и третманот на женските осуденички, наспорти мажите, спроведено во Хрватска, покажано е дека жените таму се подобро адаптирани во затворското опкружување од мажите, почесто биле вклучувани во работниот и образовниот процес. Опишани се како лица кој се значително по уверени дека внатрешното стекнато искуство ќе им биде од корист во надворешниот свет. Сметаат дека институцијата им овозможува добри услови за работа

⁴² <http://hr.n1info.com/a83197/Vijesti/Zene-u-hrvatskim-zatvorima-Cine-manje-opasna-i-spektakularna-djela-a-opet-su-diskriminirane.html> (последно пристапено на 17.01.2018);

⁴³ Zakon o izvršavanju kazne zatvora Republike Hrvatske, NN [128/99](#), [55/00](#), [59/00](#), [129/00](#), [59/01](#), [67/01](#), [11/02](#), [190/03](#), [76/07](#), [27/08](#), [83/09](#), [18/11](#), [48/11](#), [125/11](#), [56/13](#), [150/13](#);

⁴⁴ <http://www.roda.hr/udruga/projekti/mame/> (последно пристапено на 23.01.2018);

⁴⁵ Babić, V., Josipović, M., Tomašević, G., Hrvatski zatvorski sustav I zaštita ljudskih prava zatvorenika, pregledni znanstveni rad, 2006 UDK 343.812(497.5) 341.231.14 - <https://projektintegracija.pravo.hr/download/repository/12Babic.pdf> ;

⁴⁶ Šučur, Z., Žakman-Ban, V., Značajke života I tretmana žena u zatvoru, Hrčak – portal znanstvenih časopisa Republike Hrvatske, 2004, str.1055-1079;

и стекнување работно искуство, образование и организирање на слободни активности. Со оглед на вкупниот капацитет на расположливи легла во затворот, ниту во 2005, ниту во 2015 година не е забележан проблем со пренатрупаност или недоволни просторни услови. Иако од тогаш до 2015 година е нотиран скоро дупол пораст на бројот на женски затвореници⁴⁷, сепак тој број се уште не го надминува капацитетниот простор кој го овозможува институцијата. Затоа се смета дека просториите и објектот каде се одвиваат секојдневните активности, како задоволувањето на хигиенските потреби, работните и образовните процеси, активностите во слободното време, други облици на третман и слично, се соодветно опремени и се во согласност со потребите на осуденичките.

Сумарно, истражувајќи ги условите во женската казнено – поправна установа во Хрватска, наидуваме на резултати за нешто подобра слика од онаа затекната во Р. Србија и Р. Македонија. Архитектонските услови не се идеални, но се далеку подобри, како и методите на третман, кои се особено поразновидни и поприфатени од страна на жените таму. Затвореното одделение, се вели дела е подобно за реконструкција, но пак затоа отвореното се смета за солидно архитектонски уредено⁴⁸. Адаптирацијата на жените во институцијата е многу подобра, како од останатите земји така и во споредба со мажите таму. Главно, жените во затворот во Хрватска не се сметаат за агресивни и немаат сторено некакво тешко кривично дело. Најчесто се смета, дека престапот го имаат извршено како резултат на мината репресија која им била наметната. Најголем дел од жените и овде имаат сторено кривично дело како резултат на претходна виктимизација, па затоа се соочуваат со видни психички проблеми во рамките на институцијата, а кои се земаат во предвид при одредувањето на третманот⁴⁹. Евидентен е порастот на затвореничката популација и таму (со одредени осцилации во 2014 година каде има пад на вкупната затвореничка популација), на кој пораст не биле и се уште не се доволно спремни тамошните институции, но кој е предвиден низ извештаите на адекватните институции согласно светскиот тренд. Според извештајот на Правобранителот за половина рамноправност од 2013 година, се смета дека жените најчесто вршат имотни деликти, па делити врзани со промет на наркотични средства. На трето место се забележани „крвните“ деликти. Проблемите кои ги има во делот кај машката популација, се подудараат со оние кои ги има во сите земји во регионот, како нехигиена, болести, пренатрупаност и сл. Но, во однос на женскиот дел од затвореничкото општество, постои отстапување на подобро. Поадекватен третман, подобри услови за живот таму, поголема социјална инклузија, и, особено важно, значително подобри решенија за мажите и децата во институцијата.

4. За Република Црна Гора

Како значително помала држава, со нешто повеќе од половина милион население, Црна Гора очекувано располага само со една установа каде казната затвор ја издржуваат женските осуденички. До 2012 година, затвореничките биле сместувани во посебен дел од павиљонот Ф, во кој казната затвор ја издржуваат и мажи, но физички

⁴⁷ <https://www.voxfeminae.net/cunterview/politika-drustvo/item/8747-zena-majka-zatvorenica> (последно пристпено на 23.01.2018);

⁴⁸ <http://pogledaj.to/art/zene-ubijaju-iz-ocaja/> (последно пристпено на 23.01.2018);

⁴⁹ Paulenke, M., “Drugi dom”, Akademija dramskih umetnosti, Zagreb, diplomski rad, 2016;

одвоени од нив. Согласно тамошниот Закон за извршување на кривични санкции и членот 16⁵⁰, направен е нов затвор кој на установата е предаден на 18 јуни 2012 година. Во него казната затвор ја издржуваат жени кои се кривично или прекршочно осудени. Со тоа, денес, женскиот затвор во Црна Гора е потполно физички одвоен од сите останати павилони на казнено поправниот дом во Служ, со што се задоволени законските претпоставки за одвоено издржување на затворската казна, согласно половата припадност.

Законскиот текст предвидува еднакви права и обврски за мажите и жените затвореници. Во однос на полово специфичните права, предвидено е дека во установата мора да постои посебна просторија за жени трудници и мајки со деца, какои тоа дека пораѓајот треба да се случи во болница, а доколку е во установата, како што е предвидено впрочем и во сите меѓународни акти, како податок не се нотира. Понатаму, исто како што предвидува и нашето законодавство, постои можност за жените, покрај останатите кои се однесуваат за сите затвореници, да отпочнувањето со издржувањето на казната биде одложено доколку жената има дете помало од година, или доколку е трудна, а до пораѓајот останале не повеќе од три месеци. Останатите права кои се загарантирани и во останатите анализирани држави, а кои значат усогласување со Минималните стандарди и останатите меѓународни документи, се предвидени и во правното решение на Црна Гора. Родовата сензибилизација е запазена и во Законот за извршување на казната затвор, паричната казна и мерките за безбедност на Црна Гора⁵¹. Уште во членот 6, именуван како „употреба на родово сензибилизирани јазик“, предвидено е дека фразите кои се користат во законот за физички лица од машки род, подразбираат исти изрази и за женски род⁵². Сместувањето, како и правата кои произлегуваат од бременоста и мајчинството се превидени и загарантирани и со овој закон. Издвоено, во посебен член е и правото на гинеколошки преглед, во кој е наведено само дека установата треба да го обезбеди (не е наведено конкретно дали треба да има вработено или не лекар во установата за ваков преглед). Останатите права, повластувања и обврски се унифицирани за сите затвореници. Овие два акта не содржат родово сензибилни модели на третман, што е забележано и кај останатите соседни земји. Правата кои се издвојуваат и кои се разликуваат се сведуваат единствено на бременоста, пораѓајот и мајчинството.

Во институцијата жените се задолжуваат да носат униформи, сопствена гардероба им е дозволена во слободното време и при слободните активности. Во времето на преоѓањето во новата установа, 2012 година, биле евидентирани 23 жени затворенички, кои биле осудувани за убиство, кривични дела врзани со злоупотреба на дрога, за имотен криминалитет и слично⁵³. Опсервација⁵⁴ направена над казнено

⁵⁰ Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Crne Gore, "Službenom listu RCG", br. 25/94, 29/94, 69/2003 i 65/2004 i u "Službenom listu CG", br. 32/2011;

⁵¹ Zakon o izvršenju kazni zatvora, novčane kazne i mjera bezbjednosti Crne Gore, juni 2015, http://sudovi.me/podaci/osba/informacije/info_doc/665.pdf ;

⁵² Воочување: за разлика од останатите законски решенија кои го користат терминот „пол“, тука се забележува поголемо усогласување со мешународните решенија, и се оперира со терминот „род“;

⁵³ <http://www.vijesti.me/vijesti/u-novom-zenskom-zatvoru-kao-u-hotelu-80552> (последно пристапено на 23.01.2018);

⁵⁴ Prava lica lišenih slobode u zatvorskom sistemu Crne Gore I drugim zatvorenim institucijama, Building free of torture and impunity societies in Western Balkans, an EU-funded project, Inicijativa mladih za ljudska

поправните установи во Црна Гора во 2016 година, дава податоци дека женскиот затвор има задоволителни животни услови. Собите на осуденичките се во добра состојба, чисти и пријатни, со засебни тоалети и мивалници. Купатилата им се одвоени и раполагаат со четири туш кабими и една машина за перење. Имаат достапност до задоволителни хигиенски услови и сл. Во 2015 бројот на затвореничките изнесувал 25, наспроти вкупниот капацитет од 37 легла и уште две во дисциплинското одделение, што значи не постои пренатрупаност во институцијата, за разлика од установите каде жените ја издржуваат затворската казна. Установата располага со вкупно девет соби (16-25 квадратни метри), плус две во дисциплинското одделение. Адаптирани се дневен престој, простор за шетање, просторија за посети и место за тренинг. Во собата за посета лоцирана е и канцеларијата на шефицата и справите за вежбање. Оваа соба се користи и како работна соба. Има библиотека со околку 1200 книги. Постои и посебна просторија за мајки со деца, а установата обезбедува средства кои се потребни за грижа на новороденчињата и децата. Во анализите е наведено дека не постојат изјавени жалби и примедби по било кој основ од страна на затвореничките.

5. За Република Босна и Херцеговина

Женската затвореничка популација во Босна и Херцеговина низ годините, бележи некакво благо маневрирање со покачување на учеството во вкупниот број на осудени лица на казна затвор. Ако во 2005 година тој број изнесувал 40 жени осудени на казна затвор, во 2010 благо расте на 46, за во 2012 година да има 49 осуденички кои издржуваат затворска казна.⁵⁵

Одделението за жени на казнено – поправната установа во Тузла, кое е од полуотворен тип, е единствениот затвор за жени на подрачјето на Федерацијата Босна и Херцеговина. Освен во Тузла, во склоп со казнено – поправната установа во Кула во Источно Сараево, се наоѓа и единствениот женски затвор на подрачјето на Република Српска, кој располага со капацитет од 22 легла. Затворската казна и нејзиното извршување примарно се предвидени во Законот на Босна и Херцеговина за извршување на кривичните санкции, притворот и другите мерки.⁵⁶

Членот 11 од овој Закон предвидува одвоено сместување на мажи и жени, за кое е наведено дека треба да биде обезбедено или во посебна установа или во посебно одделение во Установата. Со членот 60, кој се однесува на притворени и затворени жени, предвидено е дека треба да се посвети посебно внимание на потребите на жената, во смисла на запазување на нивните физички, стручни, социјални и психолошки потреби, а при донесување на одлуки кои се врзани со било кој аспект од нивниот престој во затворот. Наведено е дека Управата ќе настојува да осигура да обемот на активности достапен на жените лишени од слобода биде согласно улогата на жената во современото општество, така што истите да бидат споредливи со активностите достапни на мажите. Истиот член предвидува дека пораѓајот на жената која е бремена при лишувањето од слобода, ќе ѝ биде овозможен надвор од установата, но доколку детето

prava Crne Gore, 2016, str.18, <http://www.yihr.me/wp-content/uploads/2010/03/Prava-lica-lisenih-slobode-u-zatvorskom-sistemu-cg-i-drugim-zatvorenim-institucijama.pdf>;

⁵⁵ <http://www.prisonstudies.org/country/bosnia-and-herzegovina-federation> (последно пристапено на 23.01.2018);

⁵⁶ Zakon Bosne I Hercegovine o izvršenje sankcija, pritvora I drugih mjera, prečišćeni tekst “Službeni glasnik Bosne I Hercegovine”, br. 24/08,12/10;

се роди во установата, Управата ќе и ја даде целокупната потребна поддршка, помош и неопходни услови. Законот предвидува еднакви права за мажите и жените затвореници, како правото на работа и правата кои произлегуваат од работата, правото на образование, здравствена заштита согласно потребите, правото на комуникација со надворешниот свет и сл. И овде е предвидена сензибилноста за можноста за одложување на започнувањето со издржување на казната затвор во однос на мајчинството, при што е наведено дела жена која дои дете помладо од година или жена која е трудна има право на поднесување на барање за одложување со отпочнување на извршување на казната. Во подзаконските акти исто така се нормирани и потенцирани посебните права на жената во однос на бременост или мајчинство. Предвидено е за трудниците на кои до пораѓај им преостануваат помалку од пет месеци, како и за родилките до навршување на една година старост на детето, исхраната да биде изедначена како за болните затвореници, односно да се прирема согласно предлогот даден од лекар, а во согласност законските и подзаконските акти на БиХ⁵⁷. Надоврзано на тоа, предвидено е и обезбедување на посебна храна по вид и количина на децата и родилките-затворенички до навршување на година. При одредувањето на видот на облеката која треба да биде наменета на затворениците, се води сметка за родот и се потенцирани специфичностите кои произлегуваат од него, а во согласност со правилата.

Иако и во двата споменати затвора е забележан пораст на вкупниот број на затворенички, кој изнесува од 3-10 % од вкупната затвореничка популација, сепак до 2015 година тој не ја достигнал бројката на расположливиот капацитет на установите, па така, не е евидентирана пренатрупаност во институциите⁵⁸. Профилите на затвореничките се разноврсни, како и во останатите земји, и најчесто се осудувани за кривично дело убиство. Потоа за злоупотребата на опојни дроги и за имотен криминалитет. Во рамки на затворите жените склучуваат бракови, раѓаат деца и ги користат сите загарантирани права кои им припаѓаат, со цел постигнување успешна ресоцијализација. Организирани се фолклорна, музичка и драмска секција, каде затвореничките можат да го користат своето слободно време и во кои можат активно да се вклучат, имаат занаетчиски работилници, можности за работа на различни места (кантина, хигиеничарки), имаат библиотека, спортски терен, теретана и сл. Установата овозможува посета на креативни работилници, во склоп со предвидената работна – окупациона терапија, под водство на инструктор, каде скоро сите затворенички земаат учество и плетат, шијат, вајат, и изготвуваат готови продукти⁵⁹.

Спроведени истражувања ја покажуваат освестеноста на затвореничките таму за можностите кои им ги нуди самиот затвор за работно оспособување, па затворот не го доживуваат како хендикеп во однос со животот надвор по излегувањето. Општествената казна ја доживуваат многу полесно од нивното доживотно самоказнување. Но, бидејќи најголемиот процент отпаѓа на убиства кои ги имаат сторено жените на партнерите од кои претходно биле виктимизирале, или други членови од семејството или блиски лица,

⁵⁷ Pravilnik o odjeći i obući, ishrani, disciplinskom postupku, uslovima i na činu izdržavanja disciplinske kazne upućivanja u samicu i mjere usamljenja pritvorenika i zatvorenika u zavodu za izvršenje krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera Bosne i Hercegovine “Službeni Glasnik BiH” br. 20/05 http://www.mpr.gov.ba/biblioteka/podzakonski_akti/default.aspx?id=1232&langTag=bs-BA;

⁵⁸ <https://www.vecernji.ba/vijesti/u-zatvorima-62-osudene-zene-iz-bih-1093404> (последно пристапено на 24.01.2018);

⁵⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=nFo6JuOKswc>;

критично настапуваат кон општеството кое потфрла во превенирање на ваквите проблеми и кое, според нив, е подеднакво виновно за положбата во која тие се нашле и делото кое го имаат сторено.

6. За Република Словенија

Како и во останатите земји на Балканот, трендот на зголемување на вкупната женска осуденичка популација во пенитенцијарните установи, расте и во Словенија. Во 2005 година имало евидентирано 48 затворенички. Во 2010 година овој број е зголемен на 53, а во 2015 на 81 затвореничка. Во 2017 година пак има уште едно покачување на 97 евидентирани осуденички на затворска казна.⁶⁰

Како и во останатите анализирани држави, и Република Словенија располага со само една институција каде се упатуваат жените лишени од слобода лоцирана во Иг, Љубљана. Капацитетот на институцијата овозможува прием на 130 жени кои се осудени во кривична или прекршочна постапка. Капацитетот е проширен неодамна, поради забележаниот пораст на женското затвореничко општество (од 86 легла до 2015 година). Се смета дека ваквото проширување е само привремено решение, па по анализите и прогнози за натамошниот тренд на движење на криминалитетот на жената, би се презеле посилни мерки. Во истата установа се упатуваат и притворените жени, како и малолетничките осудени на казна малолетнички затвор⁶¹. Родовата сензибилизација во Словенија, освен во основните права кои се забележливи во сите држави од поранешна Југославија, е присутна нешто порано и во начинот на определувањето на третманот и самиот третман. Имено во 70 тите и 80 сетите години од минатиот век, Словенија отишла чекор напред со воведување на пермисивни идеи на третман за малолетниците. Резултатите биле особено задоволителни и покажале дека пермисивните методи не само што немаат лошо влијание на рехабилитацијата, туку се покажале и како исклучително полезни за затворениците, вработените и локалното население⁶². Во тој период е спроведен и експеримент базиран на рехабилитивните идеи за третманот на затворениците и социо-терапијата за женските затворенички, а кој бил базиран на принципите за хуманистичка психологија и педологија, а кој придобил значително повеќе политички, медијски и јавен интерес и поддршка. Проектот имам цел да ја подобри емотивната и социјалната клима во институцијата, кој и покрај сите предрасуди и целокупниот скептицизам за успех на групната работа од страна на терапевтите, но присутен и кај самите затворенички, покажал значителен успех и напредок⁶³.

Согласно Законот за извршување на кривични санкции⁶⁴, мажите и жените казната затвор ја издржуваат одвоено. Меѓу предвидената здравствена заштита, нотирани се посебните права кои произлегуваат согласно полот, особено мајчинството.

⁶⁰ <http://www.prisonstudies.org/country/slovenia> (последно пристапено на 19.01.2018);

⁶¹ http://www.mp.gov.si/en/about_the_office/prison_administration_bodies_of_the_ministry/prisons_and_the_juvenile_correctional_home/ (последно пристапено на 19.01.2018);

⁶² Vodopivec, et al., 1973; Brinc, FVV, цитирано според Meško, G., Fields, C., Smole, T., A Concise Overview of Penology and Penal Practice in Slovenia: The Unchanged Capacity, New Standards and Prison Overcrowding;

⁶³ Petrovec, D., Meško, G., Back to the Future: Slovenia's Penological Heritage. Journal of Criminal Justice and Security (Varstvoslovje), 2006, 365-376;

⁶⁴ Zakon o izvrševanju kazenskih sankcij, „Uradni list RS“, št. 22/00, 113/05, 70/06, 110/06, 76/08, 40/09, 9/11, 96/12, 109/12, 54/15;

Мајката, која го родила своето бебе за време на издржувањето на казната, има право да го задржи со себе до навршување на негова една година. Потоа детето го превзема другиот родител, останати родители или згрижувачко семејство. Исклучоци се предвидени доколку постојат некои специфични здравствени состојби, некакви исклучителни социјални или други проблеми, или доколку мајката до тој рок ја отслужи казната – да детето остане кај неа до навршување на две години. Установата обезбедува адекватна грижа за мајките и децата во затворот, како што впрочем е нотирано и во останатите земји, а обезбедува и посебно одделение во кое се сместуваат мајките со новороденчињата или трудниците непосредно пред пораѓајот.

Во 2014 година е забележано доближување на вкупниот расположлив капацитет на установата, со вкупниот број на жени затворенички. Во останатите периоди, и покрај тенденцијата на пораст, не е евидентирано поколпување или пренатрупаност, но бројот на затворенички пред и по 2010 година е удвоен⁶⁵. Бројот на затворени жени бил секогаш помал од капацитетите. Во установата жените имаат месечни гинеколошки прегледи (и почесто доколку е потребно), неделни прегледи од општ лекар и еднаш во два месеци преглед од стоматолог и психијатар⁶⁶. Најчести кривични дела кои ги вршат и поради кои се судат на затворска казна, се против имотот, трговија со наркотици, насилни кривични дела (како убиство, сексуални престапи и сл.). Кај затворениците забележан е тренд на злоупотреба на дрога и наркотични зависности како и зависности од алкохол. Над женските затвореници се спроведуваат групни и индивидуални третмани во насока на постигнување на ресоцијализација. Во последните години е забележано поголемо практикување на индивидуалниот третман преку кој се воспоставува начин за комуникација на затвореничката со останатите затворенички и со вработените, се определуваат слободните активности во кои би се вклучила, се одредува начинот на соработката и остварувањето на контактите со семејството, како и одредување на специјален третман доколку е потребен, а кој значи одвикнување од зависности, вклучување во посебни програми доколку биле вклучени во насилни криминалитетот и сл.

Установата располага со специјални соби за посета на нејзините деца како и опремено игралиште во кое може да се одвива посетата. Работата е често применуван метод и овде, и многу повеќе одошто образованието, за кое и нема податоци дека е користено од страна на женските затворенички во изминатиов период. Во поглед на слободните активности, Установата им обезбедува место за спорт и рекреација, курсеви насочени кон драмската уметност и театарот, уметноста, располага со библиотека, има развиена соработка со надворешни невладини активисти кои помагаат во спроведување на конкретни работилници и курсеви.

⁶⁵<http://www.rtvslo.si/news-in-english/more-and-more-slovenian-women-landing-in-prison-many-convicted-of-white-collar-crimes/415717> (последно пристапено на 24.01.2018);

⁶⁶ Mrhar – Prelić, D., The Women's prison Ig-Slovenia, Ministerstvo za Pravosodje, Uprava za izvrševanje kazenskih sankcij, 2014;

ЗАКЛУЧОК

Условите кои ги има жената осуденичка на казна затвор во Република Македонија, а како што гледаме и, со благи осцилации, затвореничките во сите држави од поранешна Југославија, се далеку од идеални, што повеќе и далеку од базични. Секаде, првичната родова сензибилизација се чувствува во однос на бременост кај жената, мајчинство, доење и здравствената заштита. Третманот е предвиден еднаков како оној кај мажите и сите права и обврски кои се предвидени за нив, се предвидени и за жените затворенички, со минимални отстапувања согласно родот. Засебни методи нема развиено во ниту една држава. Предвидените психички методи за жени жртви на насилство и виктимизирани пред извршувањето на кривичното дело, ретко кога се вистински спроведуваат и генерален заклучок е дека земјите од поранешна Југославија не го препознаваат и третираат вистински синдромот на повредувана жена, која од жртва ја довело до положба на затвореник. Иако земјите располагаат со соодветна и добро поставена законска и подзаконска регулатива, сепак самата просторна оддалеченост од семејството, која ја забележавме секаде, е неспоива со успешен третман и ресоцијализација, а е принудна поради постоење на единствена ваква установа за издржување на затворска казна за жени. Иако, како што прикажавме, во одредени наврати некои земји навистина предничат во споредба со останатите, особено со нашата, сепак глобален заклучок е дека бангкокските правила за сега се утопија. Во најголем процент, базичните здравствени услуги кои ги добиваат се косат со предвиденото во меѓународните акти и минималните стандарди и се оскудни. Нередовните прегледи, несоодветната терапија се само дел од проблемите со кои секојдневно се соочуваат. И колку, архитектонски, просторот да е подобро уреден и хигиената да е повисока од она кое го има во пенитенцијарните установи каде казна затвор издржуваат мажи, во повеќето земји, сепак е незадоволително. Но најстрашно од се, е тоа што, скоро секаде, не е воспоставен адекватен однос и механизам за развивање и определување на соодветен третман на затвореничките, а истиот е клучен за нивната ресоцијализација. Во битието на казната не лежи само изолацијата со цел одмаздување на престапникот, туку определување на начин преку кој тој би се превоспитал и (ре)интегрирал во општеството како негов полноправ член.

Она што можеме да го извлечеме како сиже од овој компаративен осврт е дека во 21 век, сите земји од поранешна Југославија, со исклучок на Босна и Херцеговина, имаат само една единствена институција во која жените осуденички се упатуваат за издржување на затворска казна. Во сите земји нема отстапување од вкупната 3 – 10 процентна застапеност на жените во вкупната затвореничка популација, и освен во Србија, другите земји не се соочуваат со пренатрупаност во женските одделенија/затвори. Хрватска предничи во поглед на иновативните проектни решенија за затвореничките – родители, тука некаде е и Словенија која ги подобрува рехабилитативните идеи за третманот на затворениците и вклучува социо – терапија за женските затворенички. Овие две земји се на скалило погоре во поглед на пенитенцијарните решенија во однос на останатите. Во Црна Гора новите објекти овозможиле подобри животни стандарди за затвореничките, што нормално е за поздравување. Сепак, се уште постојат длабински проблеми како оној со оддалеченоста од средината во која живеат, и колку и да се насочуваат причините на страната на финансиската немоќ, сепак мотивираноста на институцијата и почитувањето на

одредени стандарди е поголем проблем. Проблемот и ќе постои, се додека акцентот е ставен на изолацијата, наместо на одвраќањето од криминал и превоспитувањето.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

Домашна литература

- Арнаудовски, Љ., Груевска-Дракулевска, А., Пенологија, втор дел, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2013
- Арнаудовски, Љ., Груевска-Дракулевска, А., Пенологија, прв дел, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2013
- Годишен извештај за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено – поправните установи во Република Македонија за 2013 година, Министерство за правда, Управа за Извршување на санкции, Скопје, 2014 година, <http://www.pravda.gov.mk/UIS/godisen2013.pdf>;
- Годишен извештај за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено – поправните установи во Република Македонија за 2012 година, Министерство за правда, Управа за Извршување на санкции, Скопје, 2013 година, http://www.pravda.gov.mk/UIS/GODISEN%20IZVESTAJ_uis_2012.pdf
- Годишен извештај за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено – поправните установи во Република Македонија за 2016 година, Министерство за правда, Управа за Извршување на санкции, Скопје, 2017 година, http://www.pravda.gov.mk/UIS/Godisen%20izvestaj%20na%20UIS%20za%202016%2010_05_2017.pdf;
- Годишен извештај за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено – поправните установи во Република Македонија за 2015 година, Министерство за правда, Управа за Извршување на санкции, Скопје, 2016 година, http://www.pravda.gov.mk/UIS/GI_UIS_13012017.pdf
- Годишен извештај за степенот на обезбедувањето, почитување, унапредување и заштита на човековите слободи и права 2016, Народен правобранител, март 2017, <http://ombudsman.mk/upload/Godisni%20izvestaj/GI-2016/GI-2016.pdf>
- Годишен извештај, Народен Правобранител, Национален превентивен механизам, мај 2013 стр 40,41, <http://ombudsman.mk/upload/NPM-dokumenti/Izvestaj/NPM%20Godisen%20izvestaj-2012.pdf>
- Годишни извештаи за работата на Управата за извршување санкции за годините 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 достапни на <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika>;
- Груевска-Дракулевски, А., Затвор и рецидивизам, Центар за регионални истражувања и соработка „Студиорум“, Скопје, 2016
- Информација за состојбите со оставрувањето на правата на осудените лица во казнено - поправните установи во Република Македонија, Народен Правобранител на Република Македонија, октомври 2010 година, <http://ombudsman.mk/upload/documents/Informacija%20KPU-2010-mk.pdf>

Мојаноски, Ц., Бачановиќ, О., Акимовска – Малетиќ, И., Батиќ, Д., Стефановска, В., Миленковска, М., Илијевски, И., Јованова, Н., Димитровска, А., Положбата на осудените лица во пенитенцијарните установи во Македонија, Истражувачки извештај, Универзитет „Св. Климент Охридски“ – Битола, Факултет за безбедност – Скопје, 2014

Странска литература

Babič, V., Josipovič, M., Tomašević, G., Hrvatski zatvorski sustav I zaštita ljudskih prava zatvorenika, pregledni znanstveni rad, 2006 UDK 343.812(497.5) 341.231.14 - <https://projektintegracija.pravo.hr/download/repository/12Babic.pdf> ;

Mrhar – Prelič, D., The Women’s prison Ig-Slovenia, Ministerstvo za Pravosodje, Uprava za izvrševanje kazenskih sankcij, 2014;

Paulenke, M., “Drugi dom”, Akademija dramskih umetnosti, Zagreb, diplomski rad, 2016;

Petrovec, D., Meško, G., Back to the Future: Slovenia’s Penological Heritage. Journal of Criminal Justice and Security (Varstvoslovje), 2006

Prava lica lišenih slobode u zatvorskom sistemu Crne Gore I drugim zatvorenim institucijama, Building free of torture and impunity societies in Western Balkans, an EU-funded project, Inicijativa mladih za ljudska prava Crne Gore, 2016, <http://www.yihr.me/wp-content/uploads/2010/03/Prava-lica-lisenih-slobode-u-zatvorskom-sistemu-cg-i-drugim-zatvorenim-institucijama.pdf>;

Šućur, Z., Žakman-Ban, V., Značajke života I tretmana žena u zatvoru, Hrčak – portal znanstvenih časopisa Republike Hrvatske, 2004, str.1055-1079;

Vodopivec, et al., 1973; Brinc, FVV, цитирано според Meško, G., Fields, C., Smole, T., A Concise Overview of Penology and Penal Practice in Slovenia: The Unchanged Capacity, New Standards and Prison Overcrowding;

Чопич, С., Стевкович, Л., Шачири, Б., Третман и остваривање права осуџеница у Казнено –поправном заводу за жене у Пожаревцу, Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду бр.4 Виктимилошко друштво Србије и „Прометеј“ 2012

Чопич, С., Стевкович, Л., Шачири, Б., Третман и остваривање права осуџеница у Казнено –поправном заводу за жене у Пожаревцу, Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду бр.4 Виктимилошко друштво Србије и „Прометеј“ 2012

Чопич, С., Шачири, Б., Жене у затвору у Србији: услови за живот осуџеница у Казнено –поправном заводу за жене у Пожаревцу, Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду бр.4 Виктимилошко друштво Србије и „Прометеј“ 2012

Чопич, С., Шачири, Б., Жене у затвору у Србији: услови за живот осуџеница у Казнено –поправном заводу за жене у Пожаревцу, Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду бр.4 Виктимилошко друштво Србије и „Прометеј“ 2012

Домашна регулатива

Закон за извршување на санкциите, „Службен весник на РМ“ бр. 2/06, 57/10, 166/14, 33/15, 98/15, 11/16;

Куќен ред за осудените лица кои издржуваат казна затвор во казнено – поправна установа, Министерство за правда, јануари, 2012

Национална Стратегија за развој на Пенитенцијарниот систем (2015-2019), Јакнење на капацитетите на органите за спроведување на Законот и соодветно постапување со задржаните и осудени лица, Совет на Европа, декември 2014

Правилник за распоредување, класификација и разместување на осудените лица, Службен весник на РМ, бр.173/2011

Упатство за видовите и начините на третман на осудените лица, „Службен весник на Република Македонија“, 123/2007

Упатство за определување на видовите и начините на третман на осудените лица, Министерство за Правда, Управа за извршување на санкции, Скопје 2011

Странска регулатива

Zakon o izvršavanju kazne zatvora Republike Hrvatske, NN [128/99](#), [55/00](#), [59/00](#), [129/00](#), [59/01](#), [67/01](#), [11/02](#), [190/03](#), [76/07](#), [27/08](#), [83/09](#), [18/11](#), [48/11](#), [125/11](#), [56/13](#), [150/13](#);

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Crne Gore, "Službenom listu RCG", br. 25/94, 29/94, 69/2003 i 65/2004 i u "Službenom listu CG", br. 32/2011;

Zakon o izvršenju kazni zatvora, novčane kazne i mjera bezbjednosti Crne Gore, juni 2015, http://sudovi.me/podaci/osba/informacije/info_doc/665.pdf ;

Zakon Bosne i Hercegovine o izvršenju sankcija, pritvora i drugih mjera, prečišćeni tekst "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 24/08,12/10;

Pravilnik o odjeći i obući, ishrani, disciplinskom postupku, uslovima i na činu izdržavanja disciplinske kazne upućivanja u samicu i mjere usamljenja pritvorenika i zatvorenika u zavodu za izvršenje krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera Bosne i Hercegovine "Službeni Glasnik BiH" br. 20/05 http://www.mpr.gov.ba/biblioteka/podzakonski_akti/default.aspx?id=1232&langTag=bs-BA;

Zakon o izvršavanju kazenskih sankcij, „Uradni list RS“, št. 22/00, 113/05, 70/06, 110/06, 76/08, 40/09, 9/11, 96/12, 109/12, 54/15;

Меѓународни инструменти

United Nation Rules for Treatment of Women Prisoners and non-custodial measures for women offenders (Bangkok Rules), Resolution 2010/13, United Nation

Интернет страни

<http://hr.n1info.com/a83197/Vijesti/Zene-u-hrvatskim-zatvorima-Cine-manje-opasna-i-spektakularna-djela-a-opet-su-diskriminirane.html> (последно пристапено на 17.01.2018);

<http://pogledaj.to/art/zene-ubijaju-iz-ocaja/> (последно пристапено на 23.01.2018);

<http://www.institut-alternativa.com.mk/index.php/psihoterapija/skoli-i-pravci/kognitivna>;

http://www.mp.gov.si/en/about_the_office/prison_administration_bodies_of_the_ministry/prisons_and_the_juvenile_correctional_home/ (последно пристапено на 19.01.2018);

<http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis01> (последно пристапено на 25.01.2018)

<http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis03> (последно пристапено на 25.01.2018);

<http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis04> (последно пристапено на 25.01.2018);

- <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis07> (последно пристапено на 25.01.2018);
- <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis10> (последно пристапено на 25.01.2018);
- <http://www.pravda.gov.mk/UIS/kognitivna.pdf> ;
- <http://www.prisonstudies.org/country/bosnia-and-herzegovina-federation> (последно пристапено на 23.01.2018);
- <http://www.prisonstudies.org/country/croatia> (последни пристапено на 18.01.2018);
- <http://www.prisonstudies.org/country/serbia> (последно пристапено на 12.01.2018);
- <http://www.prisonstudies.org/country/slovenia> (последно пристапено на 19.01.2018);
- <http://www.roda.hr/udruga/projekti/mame/> (последно пристапено на 23.01.2018);
- <http://www.rtvlo.si/news-in-english/more-and-more-slovenian-women-landing-in-prison-many-convicted-of-white-collar-crimes/415717> (последно пристапено на 24.01.2018);
- <http://www.vijesti.me/vijesti/u-novom-zenskom-zatvoru-kao-u-hotelu-80552> (последно пристапено на 23.01.2018);
- <https://www.blic.rs/vesti/drustvo/pocela-rekonstrukcija-zatvora-za-zene-u-pozarevcu/n5p44kj>,
- http://www.rtv.rs/sr_lat/drustvo/rekonstrukcija-zatvora-za-zene-u-pozarevcu_843141.html;
- <https://www.vecernji.ba/vijesti/u-zatvorima-62-osudene-zene-iz-bih-1093404> (последно пристапено на 24.01.2018);
- <https://www.voxfeminae.net/cunterview/politika-drustvo/item/8747-zena-majka-zatvorenica> (последно пристапено на 23.01.2018);
- <https://www.youtube.com/watch?v=nFo6JuOKswc>;

MAKING SURE EUROPEAN LAWS ARE FIT FOR PURPOSE – THE BETTER REGULATION PRINCIPLES IN THE EUROPEAN UNION

Robert Grzeszczak

Professor, University of Warsaw, Poland

Abstract

The introduction of better regulation principles had its origins in the desire for better European governance and for anchoring sustainable development in the Union's policymaking by looking at economic, social and environmental impacts together. Better regulation is about professionalising every aspect of policy-making and keeping it fit for today's world. Better regulation is also about considering alternative ways to achieve results since legislation should never be an end in itself. Actions at the EU level should always add value compared with what can be done at national, regional or local level.

The main reason for taking up the subject is the observation that the tendencies to regulate the particular market sectors in greater and greater detail are increasing. The obvious reason for that phenomenon is such that the consequences of the financial crisis of the last decade are still felt and that the crisis itself has revealed many threats.

The paper begins with a short discussion about research methodologies, terminology and definitions employed in the course of the study. These considerations are followed by general - practical and systemic deliberations on the notion "better regulation principles". The reconstruction of the "better regulation" in the EU system in terms of its subjects and functions constitutes the pivot of the next part of the paper and, from now on, the analysis of European Union's Better Regulation agenda. Subsequently, the paper focuses on the examples of different forms of Initiatives to improve the legislative environment in the EU and its Member States. The paper concludes with general remarks.

1. Introductory remarks - Definitional and methodological problems

Definitional and methodological problems encountered in the course of research on the EU matters in the fact that the EU still remains in the phase of standard setting (own standards). The standard-setting phase is characterized by the creation of self-referential legal standards, including for instance the complex construct of the *de facto* and *de iure* responsibility of the EU institutions, the protection of fundamental rights, the multi-level legitimization of the decision-making processes or finally the quality of law or EU policies being created. Standard implementation phase, on the other hand, means independent application and execution of these standards within the EU and the Member States (it should not be forgotten that the implementation of these standards also applies to associated countries whose aim is Membership in the European Union - for example, Northern Macedonia). The European Union is, and probably will remain for many years, in the period of self-determining

its own legal standards. It is still an open question whether it will be standards taken from the previous familiar solutions of the member states, or from the transnational (international) institutions, or whether, with the passing of time, new and specific standards of defining structures of the EU will be created. Even if the European Union has already utilized some novel solutions of the member states (e.g. the Ombudsman institutions, the concept of “freedom of information”) or legal-international ones (e.g. the list of human rights from the European Convention of Human Rights), in the course of further development of its structures, the EU will have to define anew a number of institutions characterising its unique structure. This process is called “standard-setting”¹.

In the recent decades, law has been undergoing numerous changes. It has been taking new directions and becoming more and more complex. There is a growing number of legal systems: national, regional, universal international, regional international, supranational and post-national. The action on better law discussed in the article themselves apply chiefly to the European Commission which issue proposals of acts or executive measures, regardless of whether they contain general or individual standards. Better regulation is not the sole responsibility of the European Commission; it is a joint endeavour with the European Parliament, the Council and the Member States as each has roles and responsibilities to fulfil. Nor is it a matter of concern only when new legislation is prepared and designed. At any stage in the policy cycle, from legislative negotiations between Parliament and Council to transposition and implementation by the Member States and the Commission, better regulation should come into play².

The phrase “the better regulation principles” used in the title is a wide-ranging expression. This covers primarily law, as well as the general operations of legislative and public administration bodies. What is more, these are bodies of both the institutional system of the EU and member states, which (the institutions of the Member States) in certain situations (implementation of EU law) become, functionally, a single EU institutional system.

The European Union has taken over many functions traditionally realised by states and has become, among others, a law-making body with legislative procedure regulated in the Treaties. The EU has its own judiciary, which interprets and applies its regulations, thus impacting significantly and in an unprecedented way the national legal systems.³ Moreover, the EU also takes actions to enforce the law by using its own bodies or authorities of Member States.

In the light of the functioning of the EU in the conditions of the internal market and its four freedoms of movement (free movement of goods, persons, economic activities and services, and capital) and the accompanying disappearance of internal borders between Member States, the objectives of the EU are to ensure the security and prosperity of the citizens of the European Union. This capacious definition includes the prohibition of discrimination (especially on the grounds of national origin, but also gender, age and other protected characteristics), free competition, but also food safety, environmental protection and more.

¹ R. Grzeszczak, *Towards a European Administrative Space* (in:) University of Warsaw Journal of Comparative Law, Issue 1, Volume 1, January 2014, p. 9.

² Communication from the Commission, Better Regulation: Delivering better results for a stronger Union, Brussels, 14.9.2016, COM(2016) 615 final, see <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0615&from>

³ Y. Shany, *No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary*, “European Journal of International Law” 2009, vol. 20, p. 73.

Legal regulations are drafted at all levels, i.e. local, national and EU, resulting in the creation of a multicentric legal framework, which allows for a certain degree of specificity of individual levels, but also makes the law difficult to apply. The most common complications usually arise in the case of collisions of regulations from different levels. Such colliding regulations require a decision of the court / administrative body as to which system to opt for, how to reconcile the colliding regulations, and which of the entities (either national or EU) is competent to make a binding interpretation of the law.

The first steps to improve the quality and transparency of European Union law were taken as early as at the beginning of the 1990s.⁴ The problems of overregulation and poor quality of the law had already been known, and their severity increased as the processes were further developed and common EU domains, such as economy, legal and human rights were being shaped. With the development of its integration processes, the EU has become a "regulatory state" which, with its relatively small budget and without its own executive apparatus, engages itself primarily in regulatory activity, which then translates into national law.⁵

The EU legal system is affected by similar flaws to those of national legal systems, even though it is a non-state legal system. The most troublesome shortcomings are the excess of legal regulations (legislative inflation) related to, among others, the extension of administrative structures and excessive instability of the law (less acute, however, than in the case of many states), bureaucracy, unclear division of competences, mixing of governmental and EU (community) methods, persistently non-transparent comitology procedures, overregulation or archaisation, and unjustified (too high) costs of the law made due to the lack of prior assessment of the costs of the given regulation. As a result, there is also an inconsistency of norms and their archaisation, which in turn overburdens the addressees and results in overcomplication of the law. The number of new legal acts of EU origin gives rise to the conviction that EU legislation is too bureaucratic.⁶ Incidentally, however, bureaucracy is mentioned with reference to the areas that do not fall within the competence of the EU but of the Member States, such as taxation, labour law, social security (with the major example of national pension systems), spatial planning, construction law and many others.

⁴ On the development of initiatives to improve the law in the EU and their critical assessment see: A. Schout, EU agencies after 25 years: a missed opportunity to enhance EU governance, The Hague 2018, Clingendael Policy Brief; A. Schout, D. Bevacqua, EU Added Value – Fact-based policy or politicised facts? The Hague 2018, Clingendael Policy Brief, see on: <https://www.clingendael.org/publication/two-decades-better-regulation-eu-commission> and https://www.clingendael.org/sites/default/files/2018-12/PB_Better_regulation.pdf

⁵ G. Majone, *The regulatory state and its legitimacy problems*, West European Politics 1999, no. 22, p. 1–24.

⁶ Better regulation in numbers over 2015-16 see: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0615&from=PL>, see also the Eurobarometer 2017 (<http://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/priorities/eurobarometer-2017>) in which 70% of businesses surveyed see EU legislation as increasing their paperwork and 67% as increasing administrative costs; for public perception see Thomas Raines et al, *The Future of Europe*, Chatham House (2017), a survey in which bureaucracy and red tape are perceived by the public as the biggest failure of the EU, see the comments of A. Goldberg, 'Better Regulation': *European Union Style*, M-RCBG Associate Working Paper Series | No. 98; Mossavar-Rahmani Center for Business & Government Weil Hall | Harvard Kennedy School 2018, p. 5; https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/files/98_final2.pdf.pdf (2019-06-03).

2. A few general remarks on evaluating law

Traditionally, the quality of law is associated with observance of the rules of law-making. Therefore, the legislative process, its content and its effects on the addressee must all be subject to evaluation. A good legal regulation is effective - i.e. good law delivers the intended result, and achieves the intended positive objective or objectives. Law is, in principle, subject to a cumulative assessment usually made from the different perspectives of effectiveness, applicability, efficiency and usefulness⁷. The evaluation of the effectiveness of law, as an empirical feature, is related to statute law, while the application of law is a factual phenomenon, the effectiveness of which simply results from the law. Actions are effective when they lead to the intended effect (objective), in this case to an improvement in the quality of the law. The evaluation of effectiveness, in simple terms, boils down to the evaluation of the effects of legal regulations, while the efficiency of law is assessed through the costs it generates, and the usefulness of law is measured by looking at the extent of the benefits offered by the legal regulations.⁸

What has been described above is therefore an instrumental evaluation of law. However, it must be recognised that most evaluations of legal effectiveness are based on the analysis of legal texts. Importantly, law can be assessed not only in terms of its effect, but also in terms of its axiology, which is how the criterion of values is incorporated in the evaluation of law. Therefore, we can speak of a certain level of relativity of the evaluation. In the assessment of law, the basic question concerns the addressee of the law, but also the evaluating entity. It seems that this entity is in each individual case an individual person (an EU citizen), who refers the regulations of the law to his/her own and specific system of values. The above considerations apply in particular to the assessment of the (by nature) economic law of the European Union.

It should be emphasised that public policy in general, and the process of better application of law in particular, should be evidence-based. Quality legislation depends on high quality of information and evidence from a wide variety of sources including expert knowledge, existing national and international research findings, existing statistics, consultations with the stakeholders of the given policy, and data from historic evaluations of policies and legislation. The adoption of a specific set of measures should include clearly articulated arguments in favour of the given measure (justification). "Evidence" is a specific form of knowledge which is supposed to indicate possible scenarios of events that can occur as a result of taking specific actions, or as an outcome of the undertaken policies. Evidence should concern especially such dimensions of the planned activity as: effectiveness/efficiency, economic analysis and cost-benefit ratio, expected and possible consequences of the adopted law, resources proportional to the objectives, i.e. proportionality, compliance with the axiological system, compliance with the principles of subsidiarity and proportionality of the planned activity.

⁷ For more information see: T. Fitzpatrick, *Evaluating legislation: An alternative approach for evaluating EU Internal Market and Services law*, ?, in: *Evaluation*, SAGE Publications, Vol. 18 issue: 4/2015, pp. 477-499; P. Dahler-Larsen, A. Boodhoo, *Evaluation culture and good governance: Is there a link?*, in: *Evaluation*, SAGE Publications, Vol. 25 issue: 3/2019, pp. 277-293.

⁸ R. Grzeszczak, *Dobre prawo Unii Europejskiej. Uwagi o programie reformy otoczenia prawnego UE*, in: *Nowe tendencje w europejskim prawie gospodarczym*, eds. A. Kołtunowska, W. Maciejewski, A. Zawidzka, Warszawa 2010, pp. 12-29.

It is precisely the problems of efficiency, effectiveness and usefulness, as well as making law subject to evaluation and evidence-based legislative initiatives, that have become the subject of the EU's agenda for the improvement of legal regulations (Better Regulation agenda). The European Commission has set itself the task of making regulations less formal, more effective and more modern.

3. The European Union's Better Regulation agenda

Discussions on the improvement of the legal environment of the EU's integration structures have been continuing since the 1980s. They gained momentum in the 1990s, and have been subject to stronger institutionalisation during the last decade. The emergence of the principles of proportionality and subsidiarity in the Maastricht Treaty (1992), the development of procedures for their application (Protocols annexed to the Treaties), Declaration 39 on the quality of drafting adopted in the Amsterdam Treaty (1999), the codification of the sources of Union law in the Lisbon Treaty (2009), but also ambitious projects and policy initiatives such as Santer's Commission to „do less but do it better” in 1998, adoption of the Lisbon Strategy in 2000, the Prodi Commission and the variety of communications on better law-making, impact assessments and general principles for stakeholder consultation, in 2005 and 2010, the Commission renewed its commitment to better regulation under Barroso with its communications on „Better regulation for growth and jobs in the European Union” and „Smart Regulation in the European Union”. These are examples of various aspects of improving the law at EU level. The Juncker Commission revamped Better Regulation's Agenda in 2015 „to deliver better rules for better results”⁹.

Juncker's Commission's agenda from 2015¹⁰ is therefore deeply rooted in the initiatives taken by the preceding Commissions. The agenda responds to the need to improve the EU legislative environment, in particular by counteracting legislative inflation and archaisation. The agenda also aims to work against the imposition of unnecessary burdens on entrepreneurs, and its general objective is to avoid increasing the distance between the regulations and their addressees. The pursuit of good law-making, at least from 2015, has been comprehensive and seems to have had a significant impact on the day-to-day functioning of EU institutions taking part in the legislative process and covering the vast majority of EU policies. The activities launched by the EC in 2015 will be summarised at the end of the Commission's term in 2019.¹¹

⁹ An interesting commentary on this document see: B. Smulders, J.-E. Paquet, *The European Commission and its Better Regulation Agend*, in: S. Garben, I. Govaere (eds.) *The EU Better Regulation Agenda*, Hart Publishing 2018; <https://www.clingendael.org/>

¹⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Better Regulation For Better Results - An EU Agenda, Com(2015) 215 final; Strasbourg 19.5.2015, https://ec.europa.eu/knowledge4policy/publication/communication-commission-european-parliament-council-european-economic-social-18_en

¹¹ *Better regulation: taking stock and sustaining our commitment* (15 April 2019), https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-taking-stock-and-sustaining-our-commitment_en

This program implements many goals of different nature and weight, both general and specific¹². The main and most general ones include improving quality and limiting the amount of legislation, increasing public participation in the legislative process, promoting management based on specialist knowledge and evidence, effective implementation of the principles of subsidiarity and proportionality in the decision-making process. The program is a tool that helps to improve the EU's internal and external policies and is to provide the basis for timely and sensible political decisions, ensuring that legislation adopted by the EU institutions "does more good than bad". In other words, legal measures are to be evidence-based, well-designed and bring measurable and lasting benefits to citizens, businesses and the whole of society in the EU. It should be emphasized that this applies both to new provisions and to the extensive collection of existing EU legislation. The Commission evaluates if specific laws, policies and spending activities are fit for purpose and have delivered, at minimum cost, the desired changes to European businesses and citizens. The evaluation findings help the Commission decide whether EU actions should be continued or changed¹³. The better regulation agenda is indeed the tool which helps the EC to improve its internal and external policymaking, not the tool which is developed to evaluate whether the EC is entitled to undertake certain activities or to grant additional rights to the individual¹⁴. The function of the better regulation package is completely auxiliary – “At the end of the day, regulators like to regulate”¹⁵. In fact the better regulation agenda could lead to expand bureaucratic autonomy by limiting the scope of political decisions which should be accompanied by the set of internal staff working documents¹⁶. As is stated in the general better regulation communicate:

“[b]etter regulation is not about "more" or "less" EU legislation; nor is it about deregulating or deprioritising certain policy areas or compromising the values”¹⁷.

3.1. Structures set up in the European Union to improve the quality of legislation

One of the dimensions of better law-making are the various organisational structures established at various levels of EU institutions. The presentation of all structures involved in Better Regulation at EU level is difficult and would take up too much space here. The descriptive difficulty is due to the fact that there is often not enough information available about such structures, and the subject is so extensive as a result of the large number of such structures. Of course, because of the competences set out in the Treaties and the human

¹² See A. Schout, Ch. Schwieter, *Two decades of Better Regulation Policy Brief in the EU Commission – Towards evidence-based policymaking?*, Policy Brief 12/2018, p. 2-3, https://www.clingendael.org/sites/default/files/2018-12/PB_Better_regulation.pdf

¹³ European Commission: Evaluating laws, policies and funding programmes, see: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/evaluating-laws_en (2019-06-02).

¹⁴ J. Mańnicki, *Good Governance thorough Better Regulation. Looking for the impact analysis approach to the proportionality principle*, in: R. Grzeszczak, (ed.), *Challenges of good governance in the European Union*, Baden-Baden, Nomos 2016, p. 203.

¹⁵ R. Löfstedt, *The 'Plateau-ing' of the European Better Regulation Agenda: An Analysis of Activities Carried out by the Barroso Commission*, *Journal of Risk Research*, 10 (4)/2007, p. 437.

¹⁶ C.M. Radaelli, A. Meuwese, *Better regulation in Europe: between public management and regulatory reform*, *Public Administration*, 87(3)/2009, p. 648.

¹⁷ *Better regulation ... op.cit.*, p. 4; see also J. Mańnicki, *op. cit.*, p. 204.

resources available, these structures within the European Commission play a key role in the policy of better law-making.

The 2015 Better Regulation package contains not only the Better Regulation Guidelines (BRG), but also: the Regulatory Fitness and Performance Programme Platform (REFIT Platform¹⁸), the structure of the Regulatory Scrutiny Board (RSB¹⁹), the draft of Inter-institutional Agreement on Better Regulation (IABB²⁰) and Better Regulation “Toolbox” (BRT²¹). These communications and staff working documents are accompanying the general paper: Better Regulation for Better Results²². Despite the fact that these documents do not directly refer to good governance, it is self-evident that the realization of the aims provided by these instruments is indeed coherent with the good governance principles. Finding indirect connections between good governance and the better regulation package should be preceded by a brief description of its content²³.

An important step was the creation of a new instrument: Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT)²⁴. REFIT was established in 2012 to make EU law simpler and to reduce the costs of regulation while still achieving benefits. The Commission is strengthening REFIT by creating more possibilities for stakeholders and EU countries to contribute²⁵. Since the launch of the Regulatory Fitness Programme (REFIT) 6 almost 200 initiatives for burden reduction and simplification have been launched. Examples include: reduced financial reporting for 5 million micro-businesses (with estimated annual savings of about €6.3 billion); a reduction of up to 95% in the registration fees for SMEs required by chemicals legislation (REACH); and new electronic procurement rules which are expected to reduce procurement costs by up to 20%²⁶. Another initiative, connected with the REFIT portal,

¹⁸ The REFIT Platform allows national authorities, citizens and other stakeholders to get involved in improving EU legislation. They can make suggestions on how to reduce the regulatory and administrative burdens of EU laws, which are then analysed by the REFIT Platform and the Commission, see: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly_en (2019-06-02)

¹⁹ https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board/members-regulatory-scrutiny-board-0_en

²⁰ Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission On better Law-Making, Interinstitutional Agreement of 13 April 2016 on Better Law-Making, L 123/1,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016Q00512%2801%29>

²¹ https://ec.europa.eu/info/better-regulation-toolbox_en

²² COM(2015) 215 final, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Better regulation for better results - An EU agenda, Strasbourg, 19.5.2015.

²³ J. Maśnicki, *Good Governance thorough Better Regulation. Looking for the impact analysis approach to the proportionality principle*, in: R. Grzeszczak, (ed.), *Challenges of good governance in the European Union*, Baden-Baden, Nomos 2016, p. 204.

²⁴ More Informations about REFIT see: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly/refit-platform_en

²⁵ A wide and critical analysis of the instruments presented here, see: É. Van den Abeele, *“Better Regulation”: a bureaucratic simplification with a political agenda*, Working Paper April 2015, European Trade Union Institute,

<https://www.etui.org/content/download/20728/173892/file/15+WP+2015+04+Better+Regulation+EN+Web+version.pdf> (2019-07-20).

²⁶ Communication from the Commission, Better Regulation: Delivering better results for a stronger Union, Brussels, 14.9.2016, COM(2016) 615 final, see:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0615&from=PL>

is „Have Your Say” - which enables citizens to participate in the legislative process at all stages, including feedback on draft implementing and delegated acts²⁷. The portal was visited almost 900,000 times in 2018.

Tools which are provided by the better regulation agenda address all elements of the EU policy cycle. The better regulation agenda, which is based on non-binding (such as communications, guidelines or staff-working documents) or semi-binding (inter-institutional agreements) instruments, is dedicated to the way in which the EC is going to prepare its proposals including, especially, the consultation process and the impact assessment. It is even claimed that better regulation should be perceived as the meta-regulation which “is a fluid and rapidly changing discourse that enables political leaders to address changing priorities in their regulatory reform agenda”²⁸.

The Commission has also established the Regulatory Scrutiny Board, an independent group of Commission officials and experts from outside the Commission. Its role is to check the quality of all impact assessments and major evaluations that inform EU decision-making²⁹.

The last but not the last initiative is from 2018 - the Committee of the Regions, also involved in the law improvement process as the body that gives opinions on EU legislative proposals, launched an interesting and increasingly important pilot project on a network of regional centers to collect local and regional data on policy implementation EU using special questionnaires (RegHub³⁰).

3.2. Lessons learnt and future improvements

The EU policy cycle requires the ongoing connection of the following components: 1) ex-post evaluation of the existing legislative framework; 2) public consultation; 3) ex-ante impact assessment (IA); 4) draft of the proposal; 5) legislative procedure; 6) transposition and implementation; 7) enforcement³¹. The Commission is assessing the expected and actual impact of action at every stage of the decision-making process. Extensive planning and analysis is carried out before taking action, for instance before proposing a new law, or when evaluating how well laws are performing. The Commission is increasing opportunities to contribute throughout the policy and law-making cycle³². Interested citizens and stakeholders can share their views on roadmaps and inception impact assessments, where the Commission outlines new ideas for policies and legislation or evaluations of existing policies, legislative proposals, once they have been agreed on by the Commission, draft acts

²⁷ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say_en

²⁸ J. Mańnicki, *Good Governance thorough Better Regulation. Looking for the impact analysis approach to the proportionality principle*, in: R. Grzeszczak, (ed.), *Challenges of good governance in the European Union*, Baden-Baden, Nomos 2016, p. 201 and quoted there C.M. Radaelli, *Whither better regulation for the Lisbon agenda?*, *Journal of European Public Policy*, 14 (2)/2007, p. 197.

²⁹ https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/impact-assessments_en

³⁰ European Commission, *Better regulations – why and how*, <https://cor.europa.eu/en/our-work/Pages/network-of-regional-hubs.aspx> (2019-06-04).

³¹ J. Mańnicki, *op.cit.*, p. 205; see also G. Luchetta, *Impact Assessment and the Policy Cycle in the EU*, *European Journal of Risk Regulation*, 2010/3, p. 561.

³² A. Renda, *European Union and Better Law-Making: Best Practices and Gaps in: On the Best Practices in Legislative and Regulatory Processes in a Constitutional Perspective*, Brussels 2015, p. 5-30, http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/83495/STUDY_Pol%20Depart_PE%20519.222_en.pdf (2019-06-03).

that add or amend aspects of existing laws (delegated acts), or set out rules to make sure EU countries implement laws in the same way (implementing acts)³³.

The EC's efforts and the work of many structures that have been established for better law-making have brought concrete results, although it is difficult to talk about the revolution. Examples where better regulation considerations led to more proportionate approaches are e.g: new, stricter and more transparent type-approval requirements for motor vehicles, including enhanced monitoring and surveillance provisions, were presented following the revelations about the use of “defeat devices” preventing adequate control of noxious emissions from passenger cars, a greater decentralisation of the handling of state aid; new and simpler maritime safety rules were developed building on the recommendations of the fitness check carried out under REFIT, Commission guidance aimed at supporting consumers, businesses and public authorities to engage confidently in the fast-moving collaborative economy³⁴.

From 2018, the Commission's activities have resulted in such effects: Value Added Tax (VAT³⁵) Small and medium-sized enterprises (SMEs): compliance costs for SMEs are expected to be reduced under this initiative to EUR 56.1 billion per year from EUR 68 billion per year at present; Explosives precursors: a decrease of around 10% (between EUR 25 million and EUR 75 million per year) in the current costs for companies of complying with the Regulation; Fisheries Control Regulation: Member States' authorities are expected to benefit from cost savings of EUR 157 million over five years; single maritime window: the simplification elements are quantified at an estimated amount of EUR 22-25 million staff hours in the time period 2020-2030, equivalent to a value of EUR 625-720 million for shipping operators; service of documents: increase the speed of the cross-border service of documents; decreasing the volume of default judgments by 10% in the EU would result in saving up to EUR 480 million per year, since citizens would have to spend less on judicial reliefs³⁶.

Alternative approaches to binding regulations are also used. This has resulted in a significant qualitative and quantitative change in the way laws are drafted, both in terms of the form and the manner. These alternative regulations are based on entrusting the task to achieve Treaty objectives to, for example, civil society partners or non-governmental organisations. This also applies to the so-called self-regulation, i.e. voluntary agreements concluded between authorities to solve specific problems. An example of this is the “new approach” directives. It can be said that these directives boil down to the standardisation of technical requirements by independent bodies. In the case of a large number of industrial and consumer products, the “CE” marking indicates that the product in question has been certified and can be marketed within the internal market. In this case, EU law only lays down general requirements for certification procedures, which are actually carried out by the relevant professional bodies.

To sum up, as a result of the actions taken, it has been proposed to remove about 2,000 legal acts. By 2018 alone, more than 8,000 pages of the Official Journal, representing more

³³ https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en

³⁴ Communication from the Commission, Better Regulation: Delivering better results for a stronger Union, Brussels, 14.9.2016, COM(2016) 615 final, see: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0615&from=PL>

³⁵ COM(2016)148; https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/com_2016_148_en.pdf

³⁶ https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly_en (2019-06-02).

than 10% of the EU acquis, had been removed in this way. Currently, the agenda does not focus so much on removing archaic law (as this objective has already been achieved), but rather on better law-making on an on-going basis.

An evaluation assesses a specific EU law, policy or funding programme for effectiveness (whether the EU action reached its objectives); efficiency (what are the costs and benefits); relevance (whether it responds to stakeholders' needs); coherence (how well it works with other actions) and EU added value (what are the benefits of acting at EU level). A fitness check is a type of evaluation that assesses several related actions. It focuses on identifying how different laws, policies and programmes interact, any inconsistencies or synergies, and their collective impact³⁷.

4. Conclusions

The heart of the idea of good law is noted by the European Commission: *“Legislation is not an end to itself – it is a means to deliver tangible benefits for EU’s citizens and address the common challenges Europe faces. Well-targeted, evidence-based and simply written regulation is more likely to be properly implemented and achieve its goals on the ground, whether these are economic, societal or environmental. Modern, proportionate rules that are fit for purpose are essential for the rule of law and upholding of our common values, but also for the efficiency of public administrations and businesses”*³⁸.

European law is created as a result of the interaction between private and public entities, EU institutions and member states as well as specialist (expert) groups, leading to what is known as European governance. A distinguishing feature of EU legislation is the tendency for the continuous increase in the law-making activity of the administration, which creates peculiar legal subsystems while arranging the fulfilment of collective needs on a mass scale. These subsystems often modify the most fundamental legal standards and influence the legal and factual situation of the citizens, which entails a weaker legitimisation of the law³⁹.

The process of improving the legislative environment in the European Union is gaining importance. It is on the agenda not only of the European Commission, but it is becoming a common topic for the Council of the EU and the European Parliament - and these are the key bodies of European legislation. The European regions collected at the Committee of the Regions also draw attention to the importance and potential of this program. However, like every success - like this one - it has many authors. And many entities want to join the program, creating new entities, structures and instruments. This creates neibrotection - that objectively - a valuable program - it can become a disorder of its success. The inflation of the proposed additional entities and initiatives is a danger. The principle of good law is already a recognizable standard (or element) of the law-making system in the EU. It also influences actions in the Member States. The new Commission, selected in 2019, announces the continuation of the activities described in this article.

37 European Commission, Evaluating laws, policies and funding programmes

https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/evaluating-laws_en
(2019-07-20).

38 Introduction, in: Better regulation: Delivering better results stronge Union, European Commission, Brussels September 2016, https://ec.europa.eu/info/file/28375/download_et?token=wMjhbPNk, p. 3 (2019-06-02).

39 R. Grzeszczak, *Towards a European Administrative Space* (in:) University of Warsaw Journal of Comparative Law, Issue 1, Volume 1, January 2014, p. 11.

ДЕРИВАТИВНО СТЕКНУВАЊЕ НА СТВАРНИ СУБЈЕКТИВНИ ПРАВА ВО МАКЕДОНСКОТО ПОЗИТИВНО ПРАВО

Родна Живковска

редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, во Скопје.
r.zivkovska@pf.ukim.edu.mk

Тина Пржеска

вонреден професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, во Скопје.
t.przeska@pf.ukim.edu.mk

Милица Шутова

доцент на Правниот Факултет
Универзитет „Гоце Делчев“ Штип
milica.sutova@ugd.edu.mk

Апстракт

Предмет на анализа во овој труд е деривативното стекнување на стварните субјективни права во македонското позитивно право. Трудот поаѓа од општоприфатеното становиште на граѓанскоправната наука според кое граѓанските субјективни права можат да се стекнат оригинално и деривативно. Основна цел на трудот е да прикаже и анализира како новините во законските прописи (Законот за сопственост и други стварни права, Законот за катастар на недвижности, Законот за нотаријат, Законот за договорен залог, Закон за градење, Закон за градежно земјиште и др.) влијаат на деривативното стекнување на стварните субјективни права во правниот живот. Предмет на анализата во трудот се новините во законодавството кои постепено беа воведувани во последната декада до 2019 година, а кои предизвикаа суштински промени во деривативното стекнување на стварните субјективни права, а посебно во стекнувањето стварни права на недвижности. Станува збор за новини кои се однесуваат на: формата на правните дела како правен основ за стекнување стварни субјективни права, моментот на стекнување на стварните субјективни права, видовите ствари како објект на стварни субјективни права и природата на стварните субјективни права.

Клучни зборови: сопственост, стварни права, правен промет, правни дела.

DERIVATIVE ACQUISITION OF REAL RIGHTS IN MACEDONIAN CONTEMPORARY LAW

Rodna Živkowska

Full-time professor, Faculty of Law “Justinianus Primus”, University “Ss. Cyril and Methodius”, Skopje

Tina Pržeska

Associate professor, Faculty of Law “Justinianus Primus”, University “Ss. Cyril and Methodius”, Skopje, Republic of North Macedonia

Milica Šutova

Assistant professor, Faculty of Law University “Goce Delcev“ Stip, Republic of North Macedonia

Abstract

Subject of analysis in this paper is the derivative acquisition of real rights in Macedonian contemporary law. The paper is based on the widely accepted stand in civil doctrine that civil law rights (real rights, obligations) could be acquired either originally or derivatively. With respect to the types of acquisition of rights, the paper underlines that the basic difference between original and derivative acquisition is found in the will required for the acquisition to take place. Original acquisition requires solely the will of the person acquiring the right, accompanied with fulfillment of the legal requirements for the acquisition to be completed. The derivative acquisition on the other hand requires the consent of both parties (predecessor and successor) in order for the acquisition of rights to be completed.

Basic purpose of this paper is to analyze and demonstrate how novelties in current laws (Law of Ownership and Other Real Rights, Law of Real Estate Cadastre, Law of Notary Publics, Law of Construction, Law of Construction Ground and etc.) have influenced the derivative acquisition of real rights. Subject of analysis are novelties implemented in the last decade until 2019 that have had a significant impact in the derivative acquisition of real rights, especially real rights on real estate. These novelties influenced the form of legal transactions for acquiring of real rights, the moment of acquisition of such rights, type of movable and immovable things object of real rights, legal nature of real rights and etc. This paper also analyses the collision of rights that occurs during the derivative acquisition, and causes many legal disputes before Macedonian courts. With respect to collision of rights, the paper aims to offer solutions derived from current laws, but also advocates for necessary amendments of the current laws.

Key words: *property, ownership, real rights, transfer of rights, legal transactions, collision of rights.*

Во правната наука општоприфатена поделба на начините на стекнување на стварни субјективни права е поделбата на оригинерно и деривативно стекнување. Поделбата се врши врз основа на природата на правниот основ, односно се поаѓа од тоа дали правниот основ е законски или договорен од што е условен начинот на стекнување на стварното субјективно право кој следствено може да биде: а) оригинерен или б) деривативен.

а) Оригинерно стекнување на стварни субјективни права е она стекнување кое не зависи од волјата на претходникот, или правото се востановува за прв пат (правниот основ е законски). Стекнувањето право на сопственост по пат на окупација (присвојување на напуштена ствар) и одржувачка на туѓа ствар (со протек на време и совесност на држателот) се примери за оригинерно стекнување кое не зависи од волјата на претходникот (оној кој ја напуштил, т.е. оној кој повеќе на ја држи). Стекнувањето на стварното субјективно право во двата случаи зависи само од волјата на стекнувачот, но само доколку тој ги исполнува условите пропишани со Законот за сопственост и други стварни права - ЗСДСП¹ (чл. 133, чл. 124). Правен факт во овие два случаи е присвојувањето на стварта, односно држењето на стварта, а правен основ е самиот закон. Треба да се има предвид дека во одредени случаи, како што е на пример стекнувањето право на сопственост по пат на одржувачка на недвижна ствар, потребно е да постои правен основ кој ќе биде материјализиран во правен инструмент за да може правото да се запише во катастарот на недвижности. Во ваков случај, иако законот е правниот основ за стекнување на правото на сопственост, сепак тој треба да се материјализира во т.н. правен инструмент за стекнување (прибавување) на правото на сопственост. Тоа е деклараторната пресуда која ја носи судот по барање на стекнувачот. Со деклараторната пресуда судот само утврдува дека правото на сопственост се стекнало во моментот кога биле исполнети сите законски претпоставки за негово стекнување, а не го востановува (конституира) тоа право. Деклараторната пресуда, која е правен инструмент на законот како правен основ, треба да се разликува од конститутивната и кондемпнаторната пресуда кои сами по себе се правни основи за настанување, промена или престанок на граѓанскоправните односи.

Во правната наука, како што покажавме, покрај становиштето според кое оригинерно стекнување е она кое не зависи од волјата на претходникот, постои и друго, според кое, „оригинерно стекнување е и она стекнување каде правото настанува првично“². Во правниот живот случаите на оригинерното стекнување каде стварното право за прв пат се востановува се мошне ретки. Како пример може да се наведе стекнувањето право на сопственост по пат на спецификација – создавање нова ствар. Во овој случај лицето кое ја создало стварта или лицето по чие барање била создадена стварта е нејзин прв сопственик, што значи правото на сопственост за прв пат оригинерно се востановило на новосоздадената ствар. Ова се однесува и на градењето како оригинерен начин на стекнување право на сопственост на изградениот објект, каде градителот (инвеститорот) го стекнува правото на сопственост на новосоздадениот објект изграден врз основа на одобрението за градење за прв пат во моментот кога неговото право на сопственост ќе биде укнижено во имотен лист во катастарот на недвижности.

¹ Сл. весник на РМ, бр. 18/2001, 92/2008, 139/2009 и 35/2010.

² Групче, А., *Имотно (граѓанско) право, Општ дел*, Култура, Скопје, 1983, р. 202.

б) Деривативното стекнување (прибавување) на стварни субјективни права е она кое е резултат на согласноста на волјите на претходникот и прибавувачот (правниот основ е договорен). Волјата, односно согласноста на волјите на двете страни е основен услов за деривативниот пренос на стварни права, но во одредени случаи дополнително се бара исполнување и на други услови како на пример согласноста на волјите да биде изразена во определена форма (склучувањето на строго формални правни дела), дозвола или одобрение од овластено лице и сл.

Основен принцип на кој се заснова деривативното стекнување потекнува уште од периодот на римското право. Станува збор за принципот според кој: „никој на друг не може да пренесе повеќе права отколку што има“. Примената на ова начело во правниот живот значи дека деривативното стекнување е полноважно само доколку претходникот му пренел на стекнувачот права кои му припаѓале, односно права со кои тој можел слободно да располага. Непридржувањето кон ова начело доведува до неполноважност на стекнувањето и ништовност на правното дело кое е правен основ за преносот. Така на пример, лицето кое ја користи ствартта, но не е нејзин сопственик, не може на друго лице да го пренесе правото на сопственост на таа ствар. Во друг случај, лицето може да е носител на правото, но со тоа право да не може слободно да располага. На пример, лицата кои по пат на јавно наддавање купиле градежно неизградено земјите во државна сопственост согласно Законот за градежно земјиште - ЗГЗ³ не можат да го пренесат стекнатото право на сопственост на земјиштето се додека на тоа земјиште не изградат објекти и не го запишат објектот во катастарот на недвижности (чл. 77, ст. 2, ЗГЗ).

Согласноста на волјите како услов кај деривативното стекнување стварни субјективни права ја исклучува можноста стварното субјективно право да биде пренесено само врз основа на изјава на волја на пренесувачот, а без притоа да постои согласност од страна на стекнувачот на правото. Ова подеднакво важи како за двостраните, така и за едностраните правни дела. Професорот Асен Групче, сосема оправдано забележува дека основната разлика помеѓу деривативниот начин на стекнување кај едностраните правни дела, во однос на деривативниот начин на стекнување кај двостраните правни дела, е различниот момент на постигнување на согласноста на волјите⁴. Кај едностраните правни дела волјата на прибавувачот на правото е sukcesивна т.е. не е изјавена во ист момент со изјавата на волја на пренесувачот на правото. За разлика од едностраните, кај двостраните правни дела постои симултано изјавување на волјата на сите страни во односот (На пример изјавата на волја на продавачот и изјавата на волја на купувачот).

1. Фази на деривативно стекнување (прибавување) на стварни субјективни права

За прибавувачот да го стекне (прибави) стварното субјективно право од прибавувачот по деривативен пат, во правниот систем на РС Македонија потребно е тоа прибавување да помине низ две фази: а) да настане правна можност т.е. правен основ (*iustus titulus*) за прибавувачот да може да бара од пренесувачот да му го пренесе

³ Сл. Весник на РМ, бр. 15/2015, 98/2015, 193/2015, 226/2015, 31/2016, 142/2016 и 190/2016.

⁴ Групче А., *op cit.* note 2, 1983, p. 203.

правото и б) законски начин на предавање на објектот на стварното субјективно право, наречен „modus acquirendi“.

Во граѓанскоправниот систем на РС Македонија деривативното стекнување стварни субјективно права е полноважно само доколку дошло до исполнувањето на двете фази (*iustus titulus* и *modus acquirendi*).

1.1. Правен основ (*iustus titulus*)

Правниот основ т.е. „iustis titulus“ е потенцијална можност за стекнување на правото т.е. можност на прибавувачот да бара пренесување на правото од пренесувачот. Од ова определување се заклучува дека, кога станува збор за настанување на стварноправни односи, тогаш нивните можности за настанување, односно извори на настанување цивилната доктрина ги именува како „правни факти“. Кога пак станува збор за првата фаза во стекнувањето (прибавувањето) на стварното субјективно право т.е. за поблиските околности за стекнување на правото, науката ја именува како „правен основ“ (*iustus titulus*, т.е. правен инструмент) за прибавување на правото.

Треба да се има предвид дека правните основи за стекнување на правата т.е. *iustus titulus*, во правниот живот може да бидат материјализирани и нематеријализирани. Материјализиран правен основ (правен инструмент) постои кога правниот основ е содржан во посебна исправа за правен основ: договор, пресуда, решение итн. За нематеријализираните правни основи правото не пропишува постоење на исправа во која ќе биде содржан правниот основ. Нематеријализираниот правен основ т.е. *iustus titulus* е постигнатата согласност на волјите на продавачот и купувачот (правното дело) за кое правото не бара писмена исправа, односно пишан договор. Пример за материјализиран правен основ е солемнизираниот писмен договор за прибавувањето на правото на сопственост како „исправа за правен основ“⁵.

Правен основ (*iustus titulus*) за деривативно стекнување стварни субјективни права е правното дело кое може да биде еднострано или двострано. Во двостраното правното дело е содржана согласноста на волја на пренесувачот и на стекнувачот за прибавување на стварното субјективно право. На пример: договор за продажба, договор за размена, договор за заем, договор за отстапување на имотот за време на живот, договор за доживотна издршка, договор за залог и сл. Кога станува збор за т.н. еднострано правно дело, тоа ја содржи волјата на пренесувачот за пренос на правото на сопственост, на која треба да се придружи волјата на стекнувачот да го прими тоа право. На пример, кога при јавно ветување награда ветувачот се обврзува на наградениот да му пренесе право на сопственост на определена ствар, тогаш за да дојде до полноважен пренос на правото на сопственост на волјата на ветувачот на наградата треба да и се придружи волјата на лицето кое е спремно под условите предвидени во јавниот оглас да ја прими наградата, односно да го стекне правото.

Правните дела кои се правен основ за стекнување стварни субјективни права за да доведат до полноважно деривативно стекнување мора: 1. да имаат задолжителна содржина и 2. да бидат склучени во пропишаната форма.

⁵ Види: чл. 175 и 176, Закон за катастар на недвижности, Сл. Весник на РМ, бр. 55/2013, 41/2014, 115/2014, 116/2015, 153/2015, 192/2015, 61/2016 и 172/2016.

1. Задолжителната содржина на правните дела со кои се стекнуваат стварни субјективни права опфаќа: а) прецизно определување на страните (пренесувачот и прибавувачот на правото), б) прецизно определување на стварта предмет на стварното субјективно право, в) изјава на волја на пренесувачот да го пренесе правото (кај еднострано правно дело), односно согласност на изјавените волји на стекнувачот и пренесувачот за пренос на правото (кај двостраните правни дела), г) изјава со која пренесувачот гарантира дека не постојат правни и материјални недостатоци и д) клаузула интабуланди (кога објект на правото е недвижна ствар).

а) Прецизното определување на страните на правното дело со кое се стекнува стварно субјективно право е неопходно од две причини. Право - тоа е предуслов за исполнување на правата и обврските кои произлегуваат од тоа правно дело, а кои се примарно од облигациона природа и второ – се изразува правниот континуитет помеѓу носителите на определено стварно субјективно право, што е мошне значајно за стварните права кои, како што е познато, имаат дејство *erga omnes* (спрема сите).

б) Прецизното определување на објектот на стварното субјективно право е задолжителен поради важењето на принципот на специјалност кај стварните права. Овој принцип подразбира дека стварните права можат да се вршат само на ствар која е индивидуално определена⁶, па во таа смисла ако стварта која е објект на стварното субјективно право не е прецизно определена во правното дело, тоа би значело дека не може да дојде до полноважно стекнување на тоа право.

в) Изјавата на волја на пренесувачот да го пренесе правото (кај едностраното правно дело), односно согласноста на изјавените волји на стекнувачот и пренесувачот за пренос на правото (кај двостраните правни дела), како што кажавме е суштествен услов за деривативното стекнување на стварните права. Воедно, таа изјава на волја, т.е. согласност на волјите е суштествен услов за настанок и на самото правно дело без кој услов тоа правно дело не може да постои⁷.

г) Изјавата на пренесувачот со која се гарантира дека не постојат правни и материјални недостатоци во поглед на правото што се пренесува (како задолжителна содржина на правното дело) произлегува од Законот за облигационите односи - ЗОО⁸ (чл. 110). Гаранцијата дека не постојат правни недостатоци опфаќа гаранција дека пренесувачот е носител на правото што го пренесува и дека не постојат законски пречки да располага со тоа право. Исто така, гаранцијата за правните недостатоци опфаќа гаранција дека не постојат права на трети лица со кои би се ограничило стварното право на стекнувачот. Гаранцијата за материјалните недостатоци се однесува на објектот на стварното субјективно право – стварта. Како материјален недостаток може да се смета се она што оневозможува стварта да се користи согласно нејзината природа и намена, доколку стварта ги нема својствата потребни за определна употреба за која ја прибавил стекнувачот, а тоа му било познато на пренесувачот, како и доколку стварта ги нема потребните својства за кои се договориле пренесувачот и стекнувачот или доколку не одговара на описот, т.е. мострата или моделот, освен ако мострата или моделот се користеле само заради известување (чл. 467, ЗОО). Во случај да се утврдат правни или

⁶ За принципот на специјалност во стварното право поблиску кај: Живковска, Р., *Стварно право*, Европа 92, Скопје 2005, pp. 31-32.

⁷ За изјавата на волја како услов за настанување на правното дело поблиску види: Живковска, Р.; Пржеска, Т., *Правни дела, Монографија*, Европа 92, Скопје, 2018, pp. 5-13.

⁸ Сл. Весник на РМ, бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009 и 123/2013.

материјални недостатоци, стекнувачот може во зависност од природата на недостаокот да бара раскинување на договорот или намалување на цената (кај договорите за продажба) согласно одредбите на Законот за облигационите односи.

Важно е да се напомене дека гаранцијата за правните и материјалните недостатоци не треба да се поистоветува со т.н. „обврска за информирање - duty to inform или duty of disclosure“ која се среќава во споредбеното право. Во македонското позитивно право т.н. „обврска за информирање“ не ја познава Законот за облигационите односи, но се среќава во специјалниот Закон за заштита на потрошувачите - ЗЗП⁹ каде се пропишува обврска на трговецот да дава известувања на потрошувачот за квалитетот и карактеристиките на производите, влијанието на производот на животната средина и на здравјето на луѓето и сл. (чл. 5). Обврската за информирање на потрошувачите содржана во Законот за заштита на потрошувачите има ограничена примена и се однесува само на трговците, т.е. физичките и правните лица кои се вршители на трговска дејност. Во споредбеното право на земјите членки на Европската Унија „обврската за информирање“ се заснова на начелото на совесност и чесност. Водејќи се од ова начело, судовите во европските земји (Франција, Италија, Шпанија, Белгија и др.) екстензивно ги толкуваат одредбите за одговорноста на пренесувачот за материјалните недостатоци на стварта и прифаќаат дека постои обврска на пренесувачот да го извести прибавувачот за својствата на стварта, како и да го предупреди за опасностите кои прилегуваат од природата на стварта¹⁰. Меѓутоа, во судската пракса и во правната теорија не постои консензус за обемот на „одговорноста за информирање“. Според едно мислење „обврската за информирање“ треба да се однесува на сите информации кои ги знае или треба да ги знае пренесувачот, додека според друго мислење обврската треба да се однесува само на информации кои пренесувачот е законски обврзан да ги открие или е вообичаено да ги открие¹¹.

Во поглед на „обврската за информирање“, се согласуваме дека истата ја наоѓа својата основа во начелото на совесност и чесност, меѓутоа исполнувањето на оваа обврска може да се обезбеди само доколку нејзиниот обем и граници се прецизно определени со закон. Кога станува збор за стекнувањето на стварните субјективни права, „обврската за информирање“ треба да постои за секое лице кое деривативно пренесува стварни субјективни права, а не само за субјектите кои тоа го вршат како составен дел од својата трговска дејност. Притоа, обврската за информирање треба да се однесува за сите податоци во врска со правото што се пренесува и стварта која е објект на тоа право, а кои му се познати или треба да му бидат познати на пренесувачот. Обврската за информирање не треба да биде ограничена само на податоци за постојните правни или материјални недостатоци на стварта, туку треба да ги опфаќа и другите податоци кои не се сметаат за недостатоци, но можат да влијаат на начинот на кој ќе се врши стварното субјективно право, како и на податоците кои ја намалуваат вредноста на стварта која е објект на тоа право (кога се пренесува правото на сопственост или се востановува заложно право). Такви податоци се на пример: податоци за состојбата на стварта, за недостатоци кои биле отстранети и кои можат повторно да се појават

⁹ Сл. Весник на РМ, бр 38/2004, 77/2007, 103/2008, 24/2011, 164/2013, 97/2015, 152/2015 и 140/2018.

¹⁰ *Mistake, Fraud, and Duties to Inform, in European Contract Law*, Sefton – Green, R. (ed.), Cambridge University Press, 2005, p. 24-30.

¹¹ Zimmermann, R.; Whittaker, S.; Bussani, M., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 171-194.

(дотрајана инсталација, санирани оштетувања од пожар, поплави, земјотреси, проблеми со водоснабдување и сл.), имисии, оштетени меѓи, неусогласеност помеѓу запишаното во катастарот на недвижности и фактичката состојба на недвижноста и други значајни податоци.

Во поглед на „обврската за информирање“ на пренесувачот сакаме да подвлечеме дека исполнувањето на таа обврска не значи дека прибавувачот е ослободен од секаква одговорност во поглед на правото што го прибавува. Во споредбеното право за прибавувачот постои т.н. „должност да истражува – due diligence“. Оваа должност подразбира дека прибавувачот има обврска да истражува и да ги спознае релевантните податоци кои се поврзани со правото што го стекнува. Во македонското позитивно право постои општа обврска на секоја договорна страна во прометот да постапува со потребното внимание, односно да се придржува до правните стандарди како што се добар домаќин, добар стопанственик, добар стручњак (чл. 11, ЗОО). Притоа, неукажувањето на потребното влијание негативно се одразува на стекнувањето и вршењето на правата за лицето кое не го покажало потребното внимание во прометот. Во поширока смисла на зборот, постапување со потребното внимание опфаќа и должност на прибавувачот да ги прибере сите релевантни податоци поврзани со правото што го стекнува („должност да истражува“).

Бидејќи „обврската за информирање“ на пренесувачот и „должноста да истражува“ на прибавувачот се по својата природа комплементарни една на друга, се поставува прашањето каде да се постави балансот меѓу нив? Во поглед на ова прашање сакаме да укажеме дека пренесувачот се наоѓа во поповолна положба од прибавувачот, затоа што тој како носител на правото очекувано е да биде запознаен со сите релевантни податоци во врска со правото што го пренесува и со стварта која е објект на тоа право. Имајќи ја предвид поповолната положба на пренесувачот, сметаме дека е оправдано обемот на „обврска за информирање“ да биде поголем во однос на обемот на „обврската да истражува“ на прибавувачот. Во оваа смисла, „обврската за информирање“ на пренесувачот треба да ги опфаќа сите релевантни податоци во поглед на правото што се пренесува и стварта која е објект на тоа право, а кои му се познати или требало да му бидат познати на пренесувачот. „Обврската да истражува“ на прибавувачот пак треба да опфаќа истражување со цел да се утврдат релевантните факти поврзани со правото што се прибавува до кои може да дојде прибавувачот, а кои не бараат вложување на преголем напор или несразмерни трошоци. На пример, прибирањето податоци за правото што се стекнува и стварта објект на тоа право кои се запишани во јавни книги (катастар на недвижности, заложен регистар, Централен депозитар и сл), внимателно прегледување на стварта, читање декларации и упатства за употреба и сл. Пример за истражувања кои бараат вложување преголем напор или несразмени трошоци би било истражувањето дали фактичката состојба на недвижноста е во согласност со запишаното во катастарот на недвижности¹², испитување на составот на стварта, испитување на техничките карактеристики на стварта и сл.

¹² Во поглед на запишаното во катастарот на недвижности важи начелото на точност и верба во запишаното кое подразбира дека лицето не е должно да ја испитува состојбата надвор од тоа што е запишано во катастарот на недвижности, ниту пак може да трпи штетни последици затоа што поклонило верба на запишаното. Види: чл. 145, Закон за катастар на недвижности... Поблиску за начелото на точност и верба види: Живковска, Р.; Пржеска, Т.; Димова С.; Петршевска, Н., *Коментар на Законот за катастар на недвижности*, Европа 92, Скопје, 2013, pp. 224-225.

Постоењето на законска нормираност на „обврската за информирање“ и „обврската за истражување“ е во интерес на страните кои го склучуваат правното дело затоа што бараат поголема инволвираност и вложување на внимание во процесот на преговарање и постигнување согласност на волјите за деривативен пренос на стварните субјективни права. Тоа понатаму резултира до склучување правно дело кое е во согласност со интересите и потребите на секоја од страните. На овој начин би се избегнале бројните судски спорови кои произлегуваат од недоразбирања меѓу страните настанати по склучување на правното дело, а кои се резултат од неоткривањето на податоци од значење за остварување на стекнатото стварно субјективно право.

д) Клаузулата интабуланди е задолжителна содржина на правното дело со кое се прибавува стварното субјективно право на недвижни ствари. Оваа каузула ја изразува согласноста на пренесувачот за прибавувачот да побара запишување на стекнатото право во катастарот на недвижности.

2. Правните дела со кои се прибавуваат стварни субјективни права треба да бидат склучени во соодветната форма за да можат да доведат до полноважно деривативно стекнување на правото.

Законот за сопственост и други стварни права не пропишува посебна форма за правните дела со кои се прибавуваат стварни субјективни права на подвижни ствари, што подразбира дека овие правни дела можат да бидат склучени во било која форма (писмена или усна) и истите да бидат полноважни. Што се однесува пак до стекнувањето стварни субјективни права на недвижности, Законот за сопственост и други стварни права пропишува дека правното дело со кое се стекнува право на сопственост на недвижни ствари мора да биде склучено во писмена форма (чл. 144, ст. 2). Во поглед на стекнувањето право на службеност на недвижна ствар, во Законот за сопственост и други стварни права е пропишано дека договорот треба да биде склучен во писмена форма и заверен пред суд или нотар (чл. 200 и чл. 213). Паѓа во очи дека законодавецот е неконзистентен во поглед на формата на правното дело како основ за стекнување на стварните права, затоа што за правното дело со кое се стекнува право на сопственост, иако е главно стварно право, пропишува писмена форма, а за правното дело со кое се стекнува службеност пропишува засилена писмена форма. Во поглед на правото на залог и правото на реален товар како стварни субјективни права, Законот за сопственост не содржи одредби за формата на правното дело како правен основ за прибавување на правата. Формата на договорот за залог е уредена во Законот за договорен залог - ЗДЗ¹³ каде што е пропишано дека договорот за залог се склучува во писмена форма, со исклучок на договорот за владетелски залог кој може да биде склучен во било која форма (чл. 21). Во Законот за договорен залог исто така е определено дека договорот за залог може да добие својство на извршна исправа ако е потврден или составен од нотар (чл. 22). Формата на договорот за долготраен закуп на градежно земјиште е пропишана со Законот за градежно земјиште каде е предвидено овој договор да се склучува во писмена или електронска форма (чл. 28) и истиот мора да биде заверен од страна на нотар (чл. 76). Во Законот за облигационите односи писмена форма е пропишана за: договорот за продажба со исплата на цената на рати (чл. 531), договорот за дар на подвижна ствар (за полноважен се смета и договорот

¹³ Сл. Весник на РМ, бр. 5/2003, 4/2005, 87/2007, 51/2011, 74/2012, 115/2014, 98/2015, 215/2015 и 61/2016.

склучен во усна форма ако стварта е предадена во владение на даропримачот) (чл. 556, ст. 1 и 2). Засилена писмена форма Законот за облигационите односи пропишува за: договорот за продажба на недвижна ствар (чл. 443, ст. 1), договорот за размена на недвижна ствар (се упатува на соодветна примена на одредбите од договорот за продажба – чл. 544, ст. 2), договорот за дар на недвижна ствар (чл. 556, ст. 4), договорот за отстапување на имот за време на живот (чл. 1023, ст. 2) и договорот за доживотна издршка (чл. 1030, ст. 1).

Со Законот за нотаријатот - ЗНО¹⁴ формата на нотарски акт како вид на засилена писмена форма се пропишува за сите правни дела со кои се стекнува, пренесува или ограничува правото на сопственост и другите права на недвижностите (чл. 55, ст. 1). Со оваа одредба на Законот за нотаријат се дерогираат сите одредби од генералните и специјалните закони за формата на правните дела кога предмет на стварното право кое се стекнува е недвижна ствар. Дополнително во Законот за нотаријатот исто така се пропишува дека правните дела со кои се стекнуваат, пренесуваат или ги ограничуваат правата на недвижностите мора да бидат составени од адвокат и да содржат адвокатски печат доколку нивната вредност надминува 10.000 евра во денарска противвредност (чл. 55, ст. 2). Исклучок се прави само за правните дела кај кои една од договорните страни е РС Македонија. Исто така, законодавецот во Законот за нотаријат пропишува дека, кога една од страните во правното дело е банка, штедилница, финансиско друштво, давател на финансиски лизинг или осигурително друштво, во тој случај за правните дела чија вредност надминува 10.000 евра во денарска противвредност само едната страна е должна да обезбеди адвокатски печат и потпис.

Одредбата од ставот 2 на членот 55 на Законот за нотаријат има за цел да обезбеди правна сигурност во поглед на склучувањето правни дела со кои се стекнуваат права на недвижностите. Но, доколку поблиску се анализира содржината на оваа одредбата може да се заклучи дека таа не е подобна да ја оствари посакуваната цел.

Прво – не е јасно зошто одредбата различно ги третира субјектите во правните односи како што е државата (РС Македонија), банките, штедилниците, финансиските друштва, давателите на финансиски лизинг и осигурителните друштва. Еднаквоста на субјектите е загарантирана со Уставот, а воедно претставува и основен принцип за уредување на граѓанскоправните односи¹⁵. Имајќи го предвид принципот на еднаквост, не може да се оправда ослободувањето од обврската правното дело да биде составено од адвокат и да има адвокатски печат кога една од страните е РС Македонија, бидејќи тоа укажува дека државата се третира како субјект кој е надреден во однос на другите субјекти во граѓанскоправните односи. Врз основа на истиот аргумент неоправдано е законодавецот да пропишува обврска само една од страните да обезбеди адвокатски печат и потпис, кога како страна во правното дело се јавува банка, штедилница, финансиско друштво, давател на финансиски лизинг и осигурително друштво.

Второ – од одредбата не е јасно која е улогата на адвокатот во поглед на склучувањето на правното дело, односно дали адвокатот со ставањето на адвокатскиот печат гаранира дека договорот е составен во пропишаната форма и дека е во согласност со законските прописи. Доколку адвокатскиот печат има такво значење, тогаш се поставува прашањето зошто е потребна и солемнизација на правното дело од страна на нотар, кога и улогата на нотарот во

¹⁴ Сл. Весник на РМ, бр. 72/2016 и 142/2016.

¹⁵ Живковска, Р., *Опит дел на граѓанското право*, Европа 92, Скопје 2011, pp. 27-30.

овој поглед се сведува на истото - да утврди дали правното дело е склучено во пропишаната форма и во согласност со законските прописи.

Трето – од одредбата не е јасно колку адвокати се потребни за составување на правното дело. Во првиот дел од одредбата се пропишува дека приватната исправа (правното дело) задолжително треба да биде составена од адвокат и да содржи адвокатски печат, додека понатаму во одредбата е пропишано дека кога една од страните е банка, штедилница итн., само една од страните е должна да обезбеди адвокатски печат, што по пат на *argumentum à contrario* не води на заклучок дека при склучување на правното дело во сите други случаи секоја од страните треба да обезбеди адвокатски печат и потпис, односно дека правното дело треба да биде составено од најмалку двајца адвокати?!

Четврто – не е јасно зошто одредбата не допушта правните лица да бидат застапувани од дипломиран правник кој е вработен во правното лице, ако се има предвид дека согласно одредбите на Законот за парнична постапка - ЗПП¹⁶ допуштено е ова лице како полномошник да го застапува својот работодавец во парничната постапка (чл. 81), со обврска да има положено правосуден испит кога вредноста на спорот надминува 1.000.000 денари (чл. 82).

Сметаме дека одредбата од ставот 2 на членот 55 на Законот за нотаријатот треба да претрпи значителни измени со цел да се отстранат предочените недостатоци. Притоа, од особено значење е јасно да се дефинира улогата на адвокатите при склучување на правните дела со кои се стекнуваат и ограничуваат права на недвижностите, при што таа улога ќе биде во согласност со природата на адвокатската дејност. Имено, адвокатите како субјекти кои се овластени да пружаат правна помош треба да бидат инволвирани во процесот на склучување на правните дела на начин што ќе им помогнат на договорните страни да ги заштитат своите интереси, да ги остварат своите права и правилно да ги исполнат обврските кои произлегуваат од склученото правно дело. Вообичена пракса во споредбеното право е адвокатите да им помагаат на своите клиенти во исполнување на „обврската за известување“, а посебно во исполнувањето на „обврската за истражување“.

Концептот на задолжително застапување од страна на полномошник на потполно деловно способни лица во граѓанскоправните односи е спорен, затоа што е во спротивност на слободата на физичките и правните лица кои имаат потполна деловна способност самостојно да одлучуваат за стекнувањето на граѓански субјективни права и обврски. Меѓутоа, секое лице кое ќе одлучи да не побара правна помош ќе мора да ги сноси сите правни последици кои произлегуваат од непознавање на правото (*ignorantio iuris nocet*).

Трпењето правни последици од непознавање на правото е мошне честа појава во правниот живот, за која решение треба да се бара во подигнување на правната култура кај граѓаните и зајакнување на улогата на адвокатите во суштинска смисла, а не со нејзино сведување на формално учество, како што е случајот со одредбите од ставот 2 на членот 55 на Законот за нотаријат.

1.2. Законски начин на прибавување (*modus acquirendi*)

Законскиот начин на прибавување на правото, т.е. „modus acquirendi“ е втората фаза во прибавувањето на стварните субјективни права која воедно претставува и

¹⁶ Сл. Весник на РМ, бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015.

сукцесивна последица од настанатата правна можност за стекнување на правото т.е. настанувањето на правното дело како правен основ.

Како законски начин за стекнување на правото на сопственост на подвижни ствари Законот за сопственост и други стварни права го определува предавањето на ствартата на стекнувачот - традицијата¹⁷. *Традицијата* може да биде: а) фактичка; б) симболична и в) фиктивна.

а) *Фактичка традиција* постои кога по настанатиот правен основ (можност за прибавување), предавањето - традицијата на објектот е целосно извршена (ствартата е предаден целосно на прибавувачот) (чл. 145, ст. 1, ЗСДСП)¹⁸.

б) *Симболична традиција* се смета онаа кога се предава исправа врз основа на која стекнувачот може да располага со таа ствар, со врачување на некој дел од страта, со издвојување или со друго означување на ствартата (чл. 145, ст. 2, ЗСДСП)¹⁹.

в) *Фиктивна традиција* постои кога по настанатиот правен основ како правна можност за стекнување на правото, заради рационални причини, не е возможно веднаш да дојде до остварување на предавањето, па затоа се фингира дека традицијата е извршена во моментот на склучувањето на правното дело²⁰.

¹⁷ „Правото на сопственост на подвижна ствар преоѓа на стекнувачот со предавање на ствартата во негово владение.“, чл. 145, ст. 1, Закон за сопственост и други стварни права...

¹⁸ Живковска, Р., *op. cit.* note 6, p. 246. Стојановиќ, Д., *Стварно право*, Београд, 1991, p.174.

¹⁹ Живковска, Р., *op. cit.*, note 6, p. 246. Ковачевиќ Куштримовиќ, Р., *Стварно право*, Ниш, 2009, p. 89. . Стојановиќ, Д., *op. cit.* . note 17, p.174.

²⁰ До фиктивна традиција доаѓа во *три случаи* и тоа кога објект е подвижна ствар.

- *Првиот случај на фиктивна традиција* постои кога ствартата по друг правен основ веќе се наоѓа кај прибавувачот, на пример кај носителот на правото на употреба (како лична службеност), после што е постигната согласност на волјите на сопственикот и употребувачот сопственикот да му ја продаде ствартата, а употребувачот да се стекне со право на сопственост (како правен основ т. е. правна можност за прибавување право на сопственост). Субјективното право и во овој случај се смета за стекнато со склучување на правното дело, кога се смета и дека е извршено предавање на ствартата во сопственост, иако таа веќе се наоѓала кај стекнувачот, затоа што, како што се укажа, правниот систем на Република Македонија нужно бара постоење на две фази за прибавување на субјективното право (*iustus titulus* и *modus aquirendi*), за тоа да биде перфектно (чл. 145, ст. 3, ЗСДСП).

- *Вториот случај на фиктивна традиција* постои кога стекнувачот на подвижната ствар и понатаму ќе ја остави ствартата во владение на пренесувачот, но по друг правен основ, како на пример кога со правно дело ствартата е продана, но сега пренесувачот (претходникот) ја задржува врз основа на договор за закуп, т.е. како закупец. Субјективното право на сопственост и во овој случај ќе се стекне во моментот на склучувањето на правното дело за продажба на ствартата, кога ќе се смета и дека ствартата е фиктивно предадена на купувачот, иако таа и понатаму се наоѓа кај пренесувачот (претходникот). Причина за оваа фикција, како што се укажа, се задолжителното пропишување на две фази во прибавувањето на граѓанските субјективни права: правната основа (*iustus titulus*) и законски начин на предавање (*modus aquirendi*) за да може правното дело да произведе правни последици (стекнувањето да биде важечко) (чл. 145, ст. 4, ЗСДСП).

- *Третиот случај на фиктивна традиција* постои кога ќе се постигне согласност на волји автомобилот да се пренесе од претходникот на стекнувачот фиктивно и покрај тоа што ствартата се наоѓа кај трето лице. Субјективното право и во овој случај се смета дека е прибавено во моментот на склучувањето на правното дело за прибавување на правото на сопственост на стекнувачот, кога се смета дека е извршено и предавањето на автомобилот, иако автомобилот се наоѓа кај третото лице. Оваа правна фикција и во овој случај се должи на задолжителното постоење на двете фази (*iustus titulus* и *modus aquirendi*), за кои се фингира дека заедно постојат во моментот на склучувањето на правното дело, врз основа на кое настанува субјективното право на сопственост (чл. 145, ст. 5, ЗСДСП). Живковска, Р., *op.cit.* note 6, p. 246. Попов, Д., *Predaja stvari kao način sticanja (modus acquirendi) stvarnih prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2012, vol. XLVI, br. 1 (169–185), p. 174-175.

Традиција мора да постои и при стекнување лични службености на подвижна ствар.

Во поглед на стекнувањето право на залог на подвижни ствари, треба да се подвлече дека ова право може да се стекне на два законски начини и тоа: со запишување на залогот во заложниот регистар (невладетелски залог – чл. 14, ст. 1, ЗДЗ) или со предавање на стварта во владение на заложниот доверител (владетелски залог – чл. 14, ст. 2, ЗДЗ).

Стварните права на недвижните ствари се стекнуваат со нивно запишување во катастарот на недвижности како законски начин на стекнување (*modus acquirendi*). Ова произлегува како од одредбите на генералниот Закон за сопственост и други стварни права (чл. 200; 213, ст. 2; 226, ст. 2; 239, ст. 3), така и од одредбите на специјалниот Закон за катастар на недвижности. Согласно одредбите на членот 143 на Законот за катастар на недвижности *„Правото на сопственост и другите стварни права на недвижностите се стекнуваат со запишувањето во катастарот на недвижности, а престануваат со бришење на запишувањето“*. Поконкретно, стварните права на недвижностите се сметаат за стекнати во моментот на поднесувањето на пријавата за запишување во катастарот на недвижности, доколку врз основа на поднесената пријава дојде до укнижување на стварното субјективно право. Ваквото законско решение е со цел да се задржи временскиот приоритет во укнижувањето на правата кој се определува во зависност од времето на прием на пријавата за запишување на правото во катастарот на недвижности.

Во поглед на деривативното стекнување на стварните субјективни права, важно е уште еднаш да се подвлече дека правата се стекнуваат во моментот кога ќе бидат завршени двете фази на деривативното стекнување. Од моментот на настанување на правниот основ, па се до моментот на целосно исполнување на законскиот начин на стекнување (предавање на подвижната ствар или запишување на правото на недвижноста во катастарот на недвижности) за прибавувачот постои само правна надеж дека ќе се стекне со стварното субјективно право. Во оваа смисла, ако постои правниот основ, а не дојде до предавање на подвижната ствар, односно не дојде до укнижување на стварното право на недвижната ствар во катастарот на недвижности, тоа значи дека прибавувачот не се стекнал со стварното право поради недостатоци во процесот на деривативното стекнување. Истото важи и доколку дошло до предавање на стварта или запишување на правото во катастарот на недвижности, а правниот основ отпаднал (правното дело било поништено), така што и во тој случај ќе се смета дека постои недостаток во деривативното прибавување и прибавувачот нема да се стекне со стварното субјективно право.

Деривативното стекнувањето стварни субјективни права на т.н. „идни ствари“ заслужува посебно внимание затоа што во правниот живот е создадена погрешна претстава дека стварните права на „идни ствари“ се стекнати во моментот на склучување на правното дело, во кој момент настанува и фиктивна традиција на „идната ствар“ ако таа е подвижна, а доколку „идната ствар“ е недвижност се смета дека правото

е стекнато со запишување на правното дело во листот за предбележување на градба кое нешто не е точно.

Треба да се има предвид дека Законот за сопственост и други стварни права не ја познава можноста за стекнување на стварни субјективни права на т.н. „идна ствар“. Овој заклучок произлегува од анализата на одредбите од ставот 2 од членот 12 на Законот за сопственост и други стварни права: „**Ствар**, во смисла на овој закон, е дел од материјалната природа што може да биде во власт на човекот и што може да се индивидуализира.“. Законодавецот сосема оправдано стварта ја определува како дел од материјалната природа која може да биде под власт на човекот и која е индивидуализирана. Оваа определба е во согласност со природата на стварните субјективни права како непосредна директна правна власт по повод стварите. Стварните права можат да постојат и да се остваруваат се додека постои стварта како објект на правото, односно стварните права постојат од моментот на настанокот, па се до пропаѓањето на стварта. „Идната ствар“ која не е дел од материјалниот свет и не може да биде под власт на човекот, се подразбира дека не може да биде и објект на стварните субјективни права.

За разлика од Законот за сопственост и други стварни права, Законот за договорен залог пропишува дека право на залог може да се заснова на „идна ствар“ (чл. 7, ст. 1), без притоа да ги пропише начинот, условите и постапката на стекнување и вршење на правото на залог на идна ствар. Одредбата на Законот за договорен залог отвори голема правна празнина во македонскиот правен систем, а во правниот живот се развија практики на нерегулирано ставање под залог, но и промет со „идни ствари“ кои беа на штета на правата и интересите на субјектите учесници во тие односи. Сето тоа резултираше со голем број на судски спорови во кои се бараше заштита на стварни права за кои не постоеше објективна можност да се остварат затоа што стварите како објект на тие права беа т.н. „идни ствари“ кои не станаа дел од материјалниот свет (објекти кои не беа изградени од страна на инвеститорите).

Со донесувањето на Законот за катастар на недвижности од 2008 година²¹, се направи обид да се обезбеди поголема правна сигурност во поглед на стекнувањето стварни права на „идни ствари“ со воведувањето на листот за предбележување на градба во кој се запишува објектот во фаза на градба, како и како и правните дела за промет со таквиот објект и востановените хипотеки (чл. 121). Исти одредби содржи и важечкиот Закон за катастар на недвижности од 2013 година (чл. 158 и 158 –а). Листот за предбележување на градба не е доказ за стекнато право на сопственост на градбата и други стварни права. Правото на сопственост и другите стварни права ќе се стекнат откако објектот ќе биде запишан во имотен лист со што ќе биде исполнет и условот за укнижување на тие права во тој имотен лист. Се додека објектот не биде запишан во имотен лист, а стварните права не бидат укнижени во имотниот лист, односно се додека постои листот за предбележување на градба не може да станува збор за стекнување, а уште помалку за вршење на стварните субјективни права. Прибавувачот во тој временски период има само правна надеж дека ќе дојде до запишување на објектот во имотен лист и до укнижување на неговото право. Додека постои листот за предбележување на градба не може да стане збор ни за промет со објектот во изградба, но е дозволено е правата и обврските од склучените правни дела по пат на цесија да се

²¹ Сл. Весник на РМ, бр. 40/2008, 158/10, 17/11, 51/11 и 74/12.

пренесуваат од еден субјект на друг согласно правилата на облигационото право. Хипотекуите востановени на „идната ствар“, т.е. на објектот во изградба не може да се реализираат се додека тој не биде запишан во имотен лист.

Одредбите од Законот за катастар на недвижности значајно придонесоа кон обезбедувањето на правна сигурност во деривативното стекнување стварни права на т.н. „идни ствари“ со тоа што обезбедија јавност во текот на фазите на деривативното стекнување, како и загарантиран приоритет во поглед на укнижувањето на стварните права на „идни ствари“.

За жал, во македонскиот правен систем постојат и одредби кои потенцијално можат да генерираат нова правна несигурност за субјектите во поглед на стекнувањето стварни права на „идни ствари“. Еден таков пример е одредбата од членот 205-а на Законот за извршување - ЗИ²² со која е пропишано „извршување на недвижен имот опишан во лист за предбележување на градба“. Со одредбата е предвидена продажба на изградениот дел од идната градба заедно со правото на градење за што се применуваат одредбите од членовите 166-205 кои се однесуваат на извршување на недвижности. Неразбирливо е како законодавецот можел да изврши поистоветување на објект во изградба опишан во листот за предбележување на градба со недвижност запишана во имотен лист кога тие ствари подлежат на различен правен режим согласно одредбите на Законот за катастар на недвижности. Имено, на објект запишан во имотен лист постојат потполно, конечно и безусловно стекнати стварни права, додека на објектот во изградба опишан во лист за предбележување на градба не постојат стекнати стварни права. Се поставува прашањето како извршителот ќе изврши продажба на изградениот дел од идната градба кога должникот против кој се води постапката за извршување сеуште го нема стекнато правото на сопственост на тој дел? Може ли извршителот во постапка за присилно извршување да пренесе повеќе права од тие што ги има должникот? Во овој случај единствено право кое го има должникот е правото на градење и тоа потенцијално може да биде пренесено преку институтот промена на градител, но не со примена на одредбите за извршување на недвижна ствар затоа што правото на градење не подлежи на правниот режим кој важи за недвижните ствари. Истото се однесува и за лицето кое со инвеститорот склучило правно дело за продажба на посебен дел од зграда во фаза на градба. И ова лице не може да стекне право на сопственост на посебниот дел од зграда за кој го склучило правното дело се додека објектот не биде избришан од листот за предбележување на градба и запишан во имотниот лист, при што ќе биде укнижено и неговото право на сопственост врз основа на склученото право дело. Неспорно е дека, се додека објектот е во фаза на градба ова лице има облигационоправно побарување кон инвеститорот кое произлегува од склученото право дело. Според тоа, ова побарување не може да биде пренесено со примена на одредбите за извршување на недвижни ствари, затоа што исто како и правото на градење, не подлежи на правниот режим кој важи за недвижните ствари.

²² Сл. весник на РМ, бр. 72/2016, 142/2016 и 233/2018.

ЗАКЛУЧОК

Трудот покажува дека во правната наука општоприфатена поделба на начините на стекнување на стварни субјективни права е поделбата на оригинерно и деривативно стекнување.

Од трудот се гледа дека оригинерно стекнување на стварни субјективни права е она стекнување кое не зависи од волјата на претходникот, или она каде правото се востановува за прв пат (правниот основ е законски).

Деривативното стекнување (прибавување) на стварни субјективни права, како што покажува трудот, е она кое е резултат на согласноста на волјите на претходникот и прибавувачот (правниот основ е договорен). За прибавувачот да го стекне (прибави) стварното субјективно право од прибавувачот по деривативен пат, во правниот систем на РС Македонија потребно е тоа прибавување да помине низ две фази: а) да настане правна можност т.е. правен основ (*iustus titulus*) и б) да постои законски начин на предавање на објектот на стварното субјективно право (*modus acquirendi*).

Во трудот се покажува дека правен основ (*iustus titulus*) за деривативно стекнување стварни субјективни права е правното дело кое може да биде еднострано или двострано. Правните дела кои се правен основ за стекнување стварни субјективни права за да доведат до полноважно деривативно стекнување мора: 1. да имаат задолжителна содржина и 2. да бидат склучени во пропишаната форма. Задолжителната содржина на правните дела со кои се стекнуваат стварни субјективни права опфаќа: а) прецизно определување на страните (пренесувачот и прибавувачот на правото), б) прецизно определување на ствартата предмет на стварното субјективно право, в) изјавата на волја на пренесувачот да го пренесе правото (кај еднострано правно дело), односно согласност на изјавените волји на стекнувачот и пренесувачот за пренос на правото (кај двостраните правни дела), г) изјавата со која пренесувачот гарантира дека не постојат правни и материјални недостатоци и д) клаузула интабуланди (кога објект на правото е недвижна ствар). Правните дела со кои се прибавуваат стварни субјективни права исто така треба да бидат склучени во соодветната форма за да можат да доведат до полноважно деривативно стекнување на правото.

Законскиот начин на прибавување на правото, т.е. „*modus acquirendi*“, како што е покажано во трудот, претставува втората фаза во деривативното прибавување на стварните субјективни права, која воедно претставува и sukcesивна последица од настанатата правна можност за стекнување на правото т.е. настанувањето на правното дело како правен основ.

Од трудот се гледа дека законски начин за стекнување стварни права на подвижни ствари е предавањето на ствартата на стекнувачот – традицијата, а по исклучок запишувањето во јавна книга (право на невладетелски залог). Стварните права на недвижните ствари, трудот покажува дека се стекнуваат со нивно запишување во катастарот на недвижности.

Во трудот се подвлекува дека стварните субјективни права по деривативен пат се стекнуваат во моментот кога ќе бидат завршени двете фази на деривативното стекнување.

Библиографија

- Mistake, Fraud, and Duties to Inform, in European Contract Law*, Sefton – Green, R. (ed.), Cambridge Univerzity Press, 2005;
- Попов, Д., *Predaja stvari kao način sticanja (modus acquirendi) stvarnih prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2012, vol. XLVI, br. 1 (169–185);
- Zimmermann, R.; Whitaker, S.; Bussani, M.; *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000;
- Групче А., *Имотно (граѓанско) право, Опит дел*, Култура, Скопје, 1983;
- Живковска, Р., *Опит дел на граѓанското право*, Европа 92, Скопје 2011;
- Живковска, Р., *Стварно право*, Европа 92, Скопје 2005;
- Живковска, Р.; Пржеска, Т., *Правни дела, Монографија*, Европа 92, Скопје, 2018;
- Живковска, Р.; Пржеска, Т.; Димова С.; Петршевска, Н., *Коментар на Законот за катастар на недвижности*, Европа 92, Скопје, 2013;
- Закон за градежно земјиште, Сл. Весник на РМ, бр. 15/2015, 98/2015, 193/2015, 226/2015, 31/2016, 142/2016 и 190/2016;
- Закон за договорен залог, Сл. Весник на РМ, бр. 5/2003, 4/2005, 87/2007, 51/2011, 74/2012, 115/2014, 98/2015, 215/2015 и 61/2016;
- Закон за заштита на потрошувачите, Сл. Весник на РМ, бр. 38/2004, 77/2007, 103/2008, 24/2011, 164/2013, 97/2015, 152/2015 и 140/2018;
- Закон за извршување, Сл. весник на РМ, бр. 72/2016, 142/2016 и 233/2018;
- Закон за катастар на недвижности, Сл. Весник на РМ, бр. 55/2013, 41/2014, 115/2014, 116/2015, 153/2015, 192/2015, 61/2016 и 172/2016;
- Закон за нотаријатот, Сл. Весник на РМ, бр. 72/2016 и 142/2016;
- Закон за облигационите односи, Сл. Весник на РМ, бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009 и 123/2013;
- Закон за парнична постапка, Сл. Весник на РМ, бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015;
- Закон за сопственост и други стварни права, Сл. Весник на РМ, бр. 18/2001, 92/2008, 139/2009 и 35/2010.
- Законот за катастар на недвижности, Сл. есник на РМ, бр. 40/2008, 158/10, 17/11, 51/11 и 74/12;
- Ковачевиќ Куштримовиќ, Р., *Стварно право*, Ниш, 2009;
- Стојановиќ, Д., *Стварно право*, Београд, 1991;

WITNESS PROTECTION PROGRAMS FOR JUSTICE COLLABORATORS – COMPARATIVE OVERVIEW

POSITIVE LEGAL SOLUTIONS IN THE REPUBLIC OF SERBIA, THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA, USA, ENGLAND AND ITALY

Saša Atanasov

Associate Professor
sasa.atanasov@pr.ac.rs

Mirjana Đukić

Assistant
mirjana.djukic@pr.ac.rs
University of Priština, Kosovska Mitrovica,
Faculty of Law

Božidar Otašević

Associate Professor
bozidarotasevic@yahoo.com
University of Criminal Investigation and Police Studies,
Belgrade

Abstract

Justice collaborators are exposed to the highest risk of retaliation, as they have decided to testify against their former associates (members and leaders of criminal organizations) through cooperation with prosecution authorities in order to gain certain privileges. In one person, the justice collaborator, two procedural features are merged: the collaborator's during the conclusion of the agreement, and the witness', after the agreement was accepted by the court and his testimony given. After the testimony was given and the criminal proceeding was completed, these persons are not unattended, but every state that faces threats of organized forms of criminal activity is obliged to provide them both procedural and non-procedural (Program) protection.

This paper presents the procedure of providing program protection to justice collaborators in the legislations of the Republic of Serbia, the Republic of North Macedonia, the United States of America, England and Italy, the extent of its efficient implementation and the real and potential difficulties in front of persons included in the Program.

Key words: *justice collaborator, organized crime, program protection*

Introduction

The activities of the authorized state bodies against the organized crime are an extremely complex issue comprising several segments. Besides defining the terms and normative definition of organized crime, specific bodies and evidentiary actions (such as undercover investigator, covert surveillance and audio and video Recording, etc) are set, aiming at more efficient collection of evidence and successful processing of organized crime groups. Without diminishing the importance of special procedural mechanisms, the institute of justice collaborator (Agreement on Justice Collaborator's Testimony) is considered both in theory and practice, to be one of the most successful forms in criminal procedure law, as on the ground of the collaborator's testimony and his negotiated confession, authorities can reach the core of the criminal organization. This individual is not only a member of the criminal organization, but someone who has committed offences and, by willing to testify truthfully, brings successful results in practice. As the violation of the *Silence Code* can usually have detrimental consequences, even deaths, many countries have adopted mandatory legislative provisions prescribing protection of these individuals and their close ones. Legislative provisions comprise procedural and non-procedural (Program) protection, as justice collaborator who testifies or has testified faces the threats of retribution before, during or after the completion of the criminal proceeding or after being released from prison. Program protection was analyzed in legislative frames of the states that prescribe this criminal procedure form. Thus, according to legislative provisions of the Republic of Serbia, the United States of America, England and Italy, justice collaborator is a product of conclusion of an agreement on testimony between a collaborator and a public prosecutor, while the legislation of the Republic of North Macedonia denotes a justice collaborator (*соработник на правдата*) as a person or member of criminal group, gang or other association against whom an indictment is filled, is convicted, but has agreed to cooperate with the bodies authorized to identify, prosecute and trial the criminal acts connected with organized crime. The Republic of Serbia has initiated the process of judicial reforms in 2001 and passed the new Criminal Procedure Code in 2011. The 2001 *Criminal Procedure Code*, *Official Gazette of the FRY*, no 70/2001 and 68/2002) has regulated the institute of witness collaborator, while the 2011 *Criminal Procedure Code* (*Official Gazette of RS*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019) stipulated the institute of justice collaborator. By regulating the justice collaborator institute, Serbia has approached the problem of solving of exposing and proving the organized crimes in a more contemporary way. On the other hand, the law which serves as a ground for realization of protection of the justice collaborators (*The Law on the Protection Program for Participants in Criminal Proceedings*) is not yet harmonized with the provisions stipulated in 2011 *Criminal Procedure Code*. Discrepancies are not just in terminology, but in essence. For example, in the spirit of adversarial criminal procedure (enables the collaborator to be a witness in his own criminal procedure), a signing party to the agreement may only be the collaborator, not the witness. The procedure of concluding the agreement on testimony with the collaborator, court's decision on it, testimonials, and court's final decision is more complex in comparison to former procedure for acquiring the associate witness status. According to 2011 *CPC* the investigation is initiated by an order issued by a competent public prosecutor, not the investigating judge, including new procedural participant in preliminary proceeding - a judge for preliminary proceeding who issues a decision on certain issues related to collaborator's rights and taking evidentiary actions. When

it comes to the highest instance court, instead of The Supreme Court of the Republic of Serbia, by The Constitution from 2006 (*Official Gazette of RS, 98/2006*), new Supreme Court of Cassation was established. This is why one part of this paper analyses witness' program protection and the other justice collaborator's program protection. Lately, the issue of Program protection funding has been raised. The aim of this research is to make a contribution to the efficiency of the criminal procedure and to determine differences in implementation of these measures.

1. Program Protection in the Legislation of Serbia

By passing *The Law on the Protection Program for Participants in Criminal Proceeding* (*Official Gazette of RS, no 85/2005 – LPP*) in 2005, the Republic of Serbia has formalized a system of non-procedural (Program) protection of the participants in criminal proceedings. The law established the rights of not only the justice collaborator, but other participants in criminal proceedings as well (suspect, defendant, witness, injured party, expert witness and expert person) to a protection outside the criminal proceeding, i.e. it stipulated conditions and procedure of protection and assistance to justice collaborator in any kind of threat due to testifying in criminal proceeding. Non-procedural protection of justice collaborator is performed by his inclusion into Protection Program. Protection Program comprises range of measures (physical and technical type) undertaken for protection of life, health, physical integrity, freedom or valuable property (Art.2 LPP). Competent authorities for implementation of the Protection Programs are the Commission for Protection Program Implementation (The Commission) and the Protection Unit. Right to be included into Protection Program is entitled also to close persons of the justice collaborator, and a close person is a person for whom the witness demands to be included as close to him (Art, 1 and Art.3, Para.1, Point 2 LPP). Along to the threats imposed to the integrity of collaborators or his close ones, another mandatory condition for involvement into Program Protection is the importance and significance of the testimony or information, without which it would be extremely difficult or impossible to prove the following criminal offences: against the constitutional order and security, against humanity and other values protected by international law and organized crime (Art.5 LPP).¹ Decisions on inclusion, extension, suspension and termination of the Protection Program are passed solely by the Commission for Protection Program Implementation (Art. 7 LLP), while the Protection Unit directly implements Protection Program (Art.12 LLP). Protection Unit is a specialized organizational unit of the Ministry of Interior which implements the Protection Program and is constituted of three organizational units: Operational Unit, Operational-tactical and Security Unit and Operational Analytics, Support and Finances Unit.² The Commission is constituted of three members and are appointed for a term of five years, one member of the Commission is appointed from the ranks of judges of the Supreme Court of Serbia, the second member is appointed by the Republic Public Prosecutor from the ranks of his/her deputies, and the Head of the Protection Unit is a member of the Commission by virtue of the post held. Members of the Commission each have a deputy, appointed by the President of the Supreme Court of Serbia from the ranks of judges of the Supreme Court of Serbia, i.e. by the Republic Public Prosecutor from the ranks

¹Sasa Atanasov, The role of witness in discovering and proving criminal offences, Doctoral Dissertation, University of Prishtina, Faculty of Law Temporarily Located in Kosovska Mitrovica 2016, page 76-80

²[http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/Direction of Police/ojdpp/Protection Unit](http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/Direction%20of%20Police/ojdpp/Protection%20Unit) 5 May 2019

of deputy Republic Public Prosecutors. The deputy Head of the Protection Unit deputizes also for the Head in the Commission by virtue of the post held (Art.7 LPP). The Protection Unit implements the following special measures (Art.14, Para 1 LLP): physical protection of persons and property (Art.16 LLP),³ change of place of residence or relocation to another prison institution (Art.17 LLP),⁴ concealing of identity and ownership information (Art.18 LLP)⁵ and change of identity (Art.20 LLP)⁶. Besides, the Unit provides economic, social, psychological and legal assistance to the protected person (Art.12 Para 1 and 2 LLP).⁷ If the assessment of the relevant public prosecutor, investigative judge or president of the chamber finds that there is a direct threat to life, health, integrity or property of the party in criminal proceedings or close persons, he/she informs the Protection Unit of the need to take urgent measures. (Art.27 Para 4 LLP). On implementing exigent measures, the Protection Unit may apply all disposable measures within the Protection Program, except change of identity (Art. 14 Para 3 LPP). Urgent measures are applied until the Commission rules on the request for implementing the Protection Program (Art.27 Para 4 LLP). The relevant public prosecutor, investigative judge or president of the court panel may, ex officio or at the motion of a party in the criminal proceedings or by the Protection Unit after effective conclusion of criminal proceedings submit a request to the Commission to include a party in criminal proceedings and close persons into the Protection Program (Art.25 LLP). The request for the application into Protection Program includes: information on the person for whom protection is requested, description and legal definition of criminal offence due to which protection is requested, assessment of significance of testimony or information for the proceedings and circumstances indicating the risk faced by the person for whom protection is requested (Art.26 Para 1 LLP). A questionnaire is attached to the application for entering the Protection Program, stating personal information, material status, circle of close persons and other data, which is filled by the person for whom protection is, requested (Art.26 Para 2 LLP).⁸ Prior to the Commissions' decision on approving or rejecting the application of the Protection Program, Protection Unit is obliged to deliver the Assessment Report to the Commission within 15 days with assessment on threats to both the individual and the community, data on his/her health condition and recommended protection measures. After receiving the assessment from the Protection Unit, the chairman of the Commission promptly, and not later than three days, convenes the Commission which promptly, and not later than eight days (Art.28 LLP), passes a decision approving or rejecting the application of the Protection Program. The Commission

³Includes preventing of threatening to properties of the protected individual by using physical and technical measures.

⁴In the first case, protected person is temporarily or permanently relocated from place of permanent or temporary residence to location designated by the special Police Unit – Protection Unit and in second case, a person who is imprisoned is transferred from one penal institution into other.

⁵Includes making and use of ID or ownership document of the protected person with temporarily altered original data.

⁶Personal data of protected person are completely or partially altered and in certain cases, change in physical appearance may be ordered.

⁷ Economic and other assistance to protected persons includes monthly allowance and providing other forms of assistance until his financial independence and re-socialization in new environment. Allocated pecuniary aid is at the republic average level of salaries in commercial and non-commercial sector in Serbia У: Чарнић, Д., Где су и шта раде заштићени сведоци, *Политика*, 01.01.2014, http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2014&mm=01&dd=01&nav_id=795674

20.04.2019.

⁸ Atanasov, S., *op.cit.*, page 80-81.

immediately informs the applicant accordingly. Should the Commission approve the request for the application of the Protection Program, it shall instruct the Head of the Protection Unit to enter into Agreement on Protection Program Implementation with a person whose protection is approved. The Protection Program shall be applied as of the day of the conclusion of the Agreement (Art.29 LLP). The Agreement on Protection Program Implementation contains: Agreement's parties, statement of a protected person on voluntary inclusion into Protection Program, statement of a protected person that the data from the Questionnaire is true and if otherwise the Agreement may be terminated; besides, it stipulates in particular the obligation of a protected person to: comply with the instructions of the Protection Unit during implementation of the Protection Program; inform the Protection Unit of any changes of circumstances which could affect the application of the Protection Program; present his/her accounts, legal transactions, financial and other liabilities; request consent from the Protection Unit prior to concluding legal transactions of larger scope; undertake all necessary measures to achieve financial independence until the end of the contract; Obligations of the Protection Unit: to apply protection measures only with necessary restrictions of fundamental freedoms and rights of the protected person; to determine the time period for and scope of providing economic assistance to the protected person; to provide the person with the necessary psychological, social and legal assistance; Duration of the Protection Program; Terms and conditions for termination of the Agreement; A clause that the Agreement was drawn up in a single copy and that it is kept with the Protection Unit and available only to the Commission during the application of the Program; that obligations deriving from the Agreement are not justifiable; a statement of the protected person that he/she understands the contents of the Agreement and is aware of mutual obligations, The date of signing the Agreement and signatures of the parties (Art. 29 LLP).⁹According to unofficial data for the last 14 years, since the Law was passed, more than 100 collaborators were included in the Protection Program. In 2006 and 2007, justice collaborator status was approved to 16 individuals, but this number decreased to 4 or 5 per year¹⁰, after the Amendments to the Criminal Procedure Code were adopted (*Official Gazette of RS*, no 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016). According to experience of the Serbian Protection Unit, the adaptation process to protection measures in the new surroundings, with new identity lasts for about three to four years. Between 2004 and 2014 none of the collaborators included in the Protection Unit Program was killed in retribution.¹¹

2. Program protection in the Legislation of North Macedonia

The Republic of North Macedonia has approached the standardization of justice collaborators program protection by adopting the Law on Witness Protection in 2005 (*Official Gazette of the Republic of Macedonia No.38/2005 – LWP*), with revisions and amendments adopted 13 years later, in 2018 (чл. 15-а. Закон за изменување и дополнување на Законот

⁹ See. Atanasov, S., *op.cit.*, page. 81-82.

¹⁰Бозокин, М., Тема „Дневника“: Покајници у криминалним радњама – корист или терет?<https://www.dnevnik.rs/hronika/tema-dnevnika-pokajnici-u-kriminalnim-radnama-korist-ili-teret-28-02-2018>, 25.04.2019.

¹¹Carnic, D.,*op. cit.*.

за заштита на сведоци, *Службени весник на Република Македонија*, 71/2018). The Law on Witness Protection prescribes the procedure and requirements for providing protection and assistance to justice collaborators, as well as protective measures in cases when proving the criminal act would have been accompanied with extreme difficulties or could not be conducted without a statement of a person, which, due to the possible danger of being exposed of intimidation, threatening with revenge or danger over life, health, freedom, physical integrity or property of bigger amount, does not agree in the capacity of witness, to provide statement in the crimes.¹²The mentioned law prescribes forming of two internal organization units – Council for Witness Protection (hereinafter the “Council”) and Department for Witness Protection (hereinafter the “Department”). Council makes the Decision for inclusion of a certain person in the Program, for cessation of the program and determines the measure of “change of identity”, while the Department operates within the Ministry of Interior, being directly responsible for implementation of non-procedural measures - to involve justice collaborators in the Program, upon Decision made by the Council, to decide on determination of the measures for protection, to implement the measures for protection, to give legal, psychological, financial and social aid to persons involved in program, to manage the financial resources allocated for the implementation of the Program, etc. The newly adopted 2018 LWP amendments and revisions expanded the authorities vested to the independent Public Prosecutor’s Office related to content of unauthorized communication interception (formed in 2017) and provided the option to the Council to submit the proposition for inclusion into Protection Program to a justice collaborator who had testified of crimes under jurisdiction of the Office – so called the Special State Prosecutor’s Office.¹³ Thus, the scope of criminal offences and the competent authorities involved in inclusion of justice collaborators into Protection program was expanded. Besides the justice collaborators, non-procedural protection is envisaged for witnesses and victims in capacity of witnesses who have testified in crimes against the state, against the humanity and the international law, organized crime and for which the Criminal Code stipulates sentence of at least 4 years’ imprisonment, along with their close persons (Art.3 LWP).¹⁴ The procedure for involvement the justice collaborator in the Program commences by the request submitted to the Council by the Public Prosecutor, initiated upon the request of the justice collaborator - person exposed to intimidation (Art.15 LWP), or upon the written request of the authorized Public Prosecutor, the judge who acts upon the alleged case or by the Ministry of Interior. The request for the involvement in the program submitted by the competent Public Prosecutor must contain: data about the person that is proposed to be involved into the Program (name, father’s name and last name, maiden name, unique ID number, residence, day, month, year and place of birth, profession, marital status, property, if, when and why the person was convicted, if and when he/she has served the sentenced punishment; proposed measures for protection of the person and proposal for their duration; description of the criminal act and assessment of the existing evidences; concrete facts and circumstances of substantial relevance for determining the factual situation related to the criminal act for which, the person proposed for protection, have information, but is not

¹² Димовски, С., *Заштитениот сведок како инструмент во македонскиот правен систем*, Мај 2014, <https://www.pravdiko.mk/wp-content/uploads/2015/02/zastiten-svedok.pdf>, 20.04.2019, p. 12-13.

¹³ Navarro, C., Mier, J., *Komparativna analiza zakonodavstva o zaštiti svedoka u regionu Zapadnog Balkana*, Februar 2015, (Burnsajd, S., *Izmenjena i ažurirana verzija u novembru 2018*), p. 62.

¹⁴ Матовски, Н., Лажетик-Бужаровска, Г., Калајдиев, Г., *Казнено процесно право*, Академик, Скопје, 2011, p. 207.

prepared to reveal it if his/her protection is not provided; content of the possible statement with assessment of its importance in the procedure; request by the person whose protection is proposed, for involvement in the Program of his/her close persons, if the person stated such a request; description and assessment of the danger that threatens the person suggested for protection; opinion from the Department containing the description and the assessment of the danger threatening the person whose protection is proposed, proposal of the expenses for conducting the measures for protection and proposal for measures for protection and their duration; other necessary data and information (Art.17 LWP). In order to make comprehensive assessment of the involvement into Protection Program, members of the Council for witness protection are appointed from different state bodies: representative of the Supreme Court of the Republic of Macedonia from the row of Judges, representative of the Public Prosecutor's office of the Republic of Macedonia from the row of deputy public prosecutors, the Director of the Directorate for executing sanctions at the Ministry of Justice (ex officio), representative from the MoI and the Head of the Department for witness protection at the Ministry of Interior (ex officio) (Art. 6 LWP). After considering the proposal for involvement in the Program, not later than 30 days from the day of submitting the proposal by the Public Prosecutor, the Council brings a decision for which he will inform the Public Prosecutor and the Department. The Council can bring decision if at least 4 members or their deputies are present at the session. For bringing a decision for involvement into the Program, for termination of the measures for protection, as well as for determination of the measure "change of identity", consent of at least 4 members of the Council is needed, and the other decisions are made with majority votes from the present members of the Council (Art.11 LWP). Positive decision of the Council enables the conclusion of the Agreement between the Department for Witness Protection (Department) – DWP and a justice collaborator. Agreement contains protection measures stipulated by the Department and obligations of the justice collaborator as a protected person. The Law on Witness Protection prescribes several protection measures, such as: keeping the secrecy of the identity, providing personal protection, change of the place of living or residing inside or outside the country and change of the identity (Art.26 LWP). Provisions of the Rulebook on Special Protection of Justice Collaborators (2010) prescribe protection of justice collaborators currently serving a sentence in a penal institution. Namely, this Rulebook stipulates special protection of justice collaborators in a way that they are being separated from other convicted persons and placed into special premises inside the penal institution, so called "a prison inside the prison", with restricted communication, i.e. only authorized personnel appointed by the penal institution management can communicate with them, their meals are being separately prepared and can be transferred from one sector to another within the same institution or even transferred to another penal institution, should their protection be compromised.¹⁵ Prior to introduction of protection measures, justice collaborator must be informed on their content, in order to be sure that he can change his life at all. This is the reason for inclusion mandatory agreement obligations to comply: that a justice collaborator will inform the Department on any change occurred during Program Protection, that will follow the guidelines of the Department, that for the aims of his/her protection he/she agrees to be put, without a court order, under surveillance and recording of the means for communications and the resident premises (Art. 25 LWP). By signing the Agreement, he shows that he accepts the new way of life willingly and consciously. In regards of impediments

¹⁵Navarro, C., Mier, J., *op. cit.*, p. 69.

of life in new environment, economic measures are mandatory component of the protection program. Financial means for implementation of this law are provided from the Budget of Republic of North Macedonia (funds allocated for basic life needs according to economic standards of the place of residence, employment options and other measures for provision of economic stability (Art. 41 LWP). Precondition for allocation of economic support is previous settlement of all credits, loans, debts or other financial liabilities. The person who contrary to this law reveals the information related to justice collaborator under Program protection shall be punished with imprisonment sentence, depending on the detrimental consequences. If the act leads to causing serious body injuries, the perpetrator shall be punished with imprisonment sentence of minimum eight years. And, if the act leads to death or suicide, the perpetrator shall be punished with imprisonment sentence of minimum 15 years or with life imprisonment (Art. 42 LWP).

3. Program Protection in the Legislation of the USA

Due to impediments in proving organized crime criminal offences by special investigation methods, the American criminal justice introduced the practice of justice collaborator's testimony based on agreement with attorney general just around the time when the competent authorities began to face new form of criminal activity (during and after the repeal of the Prohibition). In the USA this consensual procedural form is usually related to offences of drug abuse which are core activity of most criminal organizations, due to high profit. Specific hybrid function of one subject is imminent to adversatorial model of criminal procedure where collaborator may be also act as witness. This resulted in merging two functions in one individual, the collaborator's function which he had on conclusion of the agreement and the witness' function which he had once the court approved the agreement and when he began to testify. When the court finds the testimony reliable, complete and significant, in the sense that it may support indictment against members or/and leaders of criminal organization, the court issues more lenient sentence to the justice collaborator, as previously settled in the agreement between the collaborator and the attorney general. Protection during imprisonment will be provided if persons against whom he has testified are among the fellow convicts. Prior to introduction of formal protection program, the first collaborator who was provided protection during imprisonment was Joseph Valachi, the first mob insider. In fear of retribution by the Boss of Mafia Genovese Family, 200 US Marshals guarded Valachi in a Federal Court while he insisted on preparing his own meals, in fear of getting poisoned.¹⁶ Aware of what could be the consequences of breaking one of basic rules of criminal organization, the "Silence Code", U.S. Justice Department has put protection program to formal stipulating frames in the *Organized Crime Control Act* from 1970.¹⁷ Prior to directing a collaborator to an institution to serve a term of imprisonment, attorney general is obliged to provide data on collaborator and convicts he should be separated from to a warden of the institution or in case of a federal prison to the U.S. Marshals Service. Depending on whether he/she is serving in a local or federal institution, FBI agents are responsible for his/her security. In order to prepare a person for living conditions under protection program once he is free,

¹⁶*Good Practice for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime, United Nations Office on Drugs and Crime, Viena, New York, 2008, p. 7.*

¹⁷<https://www.usmarshals.gov/duties/factsheets/witsec.pdf>, 04.11.2018.

competent authorities from the Marshals Service will have a talk with him/her at the appropriate time, six or nine months prior to release.¹⁸ *Witness Security Protection – WITSEC* introduced by *The Organized Crime Control Act* (Title V of the Organized Crime Control Act, Public Law 91-452, 84 Stat., October 15, 1970) was not entirely precise or comprehensive and was administered unsystematically. After more than a decade, it was reformed and *The Witness Security Reform Act* was adopted in 1984. This Law stipulated certain segments of program protection and amended the first one by adding¹⁹: strict criteria for inclusion into protection program, including risk assessment, especially the level of security threats to witnesses, signing the Memorandum of Agreement by the witness entering the Protection Program, which actually marked his voluntary participation, stipulating precise obligations imposed by Memorandum once he enters the Program, denoting sanctions in case of violation of the obligations, sanctioning unauthorized publicity by anyone, as data on program participants remain classified. *The Witness Security Reform Act* is still applied with some amendments in the Section 18 of the *United States Code*, a Section related to collaborator protection (§ 3521, Collaborator relocation and protection, Title 18 of the United States Code).²⁰ The procedure for inclusion into program protection and criteria that need to be fulfilled, stipulated by this Law, are applicable in the whole territory of the USA, because the legal regulations were actually adopted on a federal level. Depending on nature and type of conditions required by an individual, we can divide criteria into two categories: general and special. General conditions relate to type of offences, and only a witness who has previously testified in criminal proceedings related to organized crime, drug trafficking, racketeering, violent criminal²¹ will be taken into consideration. These severe offences threaten the security of witness to a great extent. Should this general condition be fulfilled, public prosecutor will submit the application form to the Witness Protection Unit at the Crime Section of U.S. Justice Department. Application Form data denote special conditions in order to initiate program protection. Firstly, the Attorney General submits resume of testimony in a written form, as an evidence of collaborator's actual testimony in criminal proceedings for offences of organized crime followed by the results of testimony. Based on results of testimony, collaborator's risk assessment is made. This may be court records which clearly show that the collaborator's testimony has contributed to either revealing of the accomplices' offences or sentencing them in court. Regardless of collaborator's previous criminal record, it is not a pre-condition for inclusion into protection program, as criminal record is something which can be expected from an individual who was a part of criminal organization, but must be taken into consideration in order to have general picture on future participant of the protection program and what risk level he may be exposed once he is relocated to a new environment. Finally, psychological assessment of him and his family is very important, as well as conclusion that they are ready to adapt to a new environment. By considering whether stated criteria are fulfilled, the initial phase of the procedure for involvement into protection program is initiated. Next phase goes step further and the collaborator signs the Memorandum of Agreement. Memorandum

¹⁸<https://www.justice.gov/jm/jm-9-21000-witness-security#9-21.130>, 04.11.2018.

¹⁹ Lawson, M. R., *The Federal Witness Protection Program Revisited and Compared: Reshaping and Old Weapon to Meet New Challenges in the Global Crime Fighting Effort*, University of Miami Law School Institutional Repository & Comparative Law Review, vol. 21, 2014, p. 198-199.

²⁰<https://www.law.cornell.edu/uscode/text>, 20.06.2019.

²¹ Seabrook, L. A.; Stewart, J., *Snitches Get Stitches: Combating Witness Intimidation in Gang-Related Prosecutions*, United States Attorneys' Bulletin, Vol. 62, No. 3, 2014, p. 88.

contains specified list of obligations and, by signing it, the justice collaborator complies with it: that he would not reveal classified information of the protection program, regularly inform the program officer on all the activities he undertakes, especially on his whereabouts or residence and especially obliges not to commit any offence while under the program (§ 3521(d)(1) Title 18 of the United States Code). U.S. Justice Department is competent authority to pass a decision on inclusion into program while the protection measures are executed by the program officers of the Witness Protection Unit. Protection measures include protection of the collaborator and members of his family against violence, their relocation and moving to a more secured area, providing psychological assistance by the professionals for easier adaptation to a new environment (§ 3521(b)(1) Title 18 of the United States Code). They receive financial assistance from special funds designated exclusively for such purposes in order to meet their basic needs, while designated amount reflects living standards of a new environment, local economy, protected family size (in USA designated average sum for each witness (participant) and his family members equals 60 000 USD § 3521(b) (1) (d) (e) (x) Title 18 of the United States Code). They are provided with this sum of money till they become independent and they also get help in finding work. The most important segment of program protection is change of identity of the collaborator and his family. This comprises issue of new identification documents, change of social security and health insurance numbers,²² and in case of highest risk assessment, change of physical appearance by performing certain surgery interventions, again being financed from the special fund. As the identity change includes new name and family name, the collaborator and his family members should be cautious and practice a lot in order to prevent occasions in which some family members, especially children, blurt out their real name and family name to someone in everyday communication. New location and identity data are strictly confidential and in case of reveal, the 5000 USD fine is stipulated as main pecuniary punishment or five years imprisonment (§ 3521(b)(3) Title 18 of the United States Code). Since 1970, US Marshals Service put under program protection measures almost 7700 collaborator and 9800 family members.²³ Among them were the individuals who testified on the ground of cooperative settlements. WITSEC has served as a pattern for legislation in European countries in regards of regulation of basic components of program protection. We have chosen the legislations of England and Italy as they both regulate justice collaborator's testifying within consensual criminal procedure form.

4. Program Protection in the Legislation of England

In England, collaborator's testimony was a powerful evidentiary tool against organized crime offences, especially during 19th century when there was no systematic investigation or organized police enforcement, which represented a hampering circumstance in collecting prosecution evidence.²⁴ Agreement on justice collaborator's testimony was settled in 2005, after years of turmoil, by adopting the Law stipulating exclusively the suppression of organized crime, the *Serious Organized Crime and Police Act*. The reversal happened when

²² Лукић, Т., *Посебности кривичног поступка за организовани криминал, тероризам и корупцију*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2008, стр. 260.

²³ Вулевић, О., *Институт заштићеног сведока и његово функционисање у законодавству Републике Србије*, Безбедност, 3/2017, стр. 187.

²⁴ Hughes, G., *Agreements for Cooperation in Criminal Cases*, Vanderbilt Law Review, vol. 45, no. 1, p. 3.

the England, country traditionally inclined to European-continental criminal procedure system, opted in practice for the adversarial elements of criminal procedure,²⁵ instead of former investigative procedure. Protection program of participants who testified according to the Agreement was regulated in Chapter IV of the *Serious Organized Crime and Police Act*. In its essence, the terms for inclusion into Program are the same as in USA with certain discrepancies related to type of offences. Basic conditions refer to whether a person who was an accomplice in crime and member of a criminal organization committed serious act of crime. The legislation in England denotes only organized crime offences as serious, unlike the American legislation that considers serious some other offences, like racketeering, drug trafficking, violent organized crime. When the court issues a decision finding the justice collaborator guilty, sentencing him to a more lenient punishment, the court also evaluates not only the importance of justice collaborator's cooperation, but the risk he is exposed to. In the judicial practice in England, there are records of court being extremely mild in reducing the sentence (Blackburn)²⁶, so the sentence was shortened. Even then, after risk assessment, the justice collaborator is provided with assistance, but compared to the American, it is quite short-termed. Decision on inclusion into Protection Program passes the Head of *UK Protected Persons Service*, formed as a part of *National Crime Agency – NCA*, while the officers of the Unit execute protection measures. In order to bring the right decision, Head of Service coordinates with the Attorney General, who, as a party in conclusion of the Agreement, is well informed on all the details of the proceeding. Based on court records submitted by the Attorney General, Head of Service is firstly assured that the individual has testified according to the Agreement in a criminal proceeding against one or several criminal offences of organized crime. In order to make risk assessment, Head of Service must have insight into court records in order to see whether a collaborator contributed to disclosure or conviction of his former accomplices. Besides the procedural condition, one other condition is evaluated – collaborator's personality. Before the expiry of sentence, an expert person will evaluate the psychological side of his personality and decide whether he is capable of adapting to a new way of life (Art. 82. (1),(2),(3),(4) *Serious Organized Crime and Police Act 2005*. This is especially important when it comes to change of identity being the vital segment of protection program, but is not approved to everybody, as they are not ready to face this change and deal with it accordingly. On evaluation of fulfillment of conditions, the collaborator signs Memorandum of Agreement. Content of the Memorandum is exact to the one prescribed by the American legislation. The only difference is related to punishment stipulated by legislation in case of unauthorized publishing of information in regards of any segment of program protection (by signing the Memorandum, collaborator commits to keep confidential all data on current location, change of identity, etc). For this criminal offence, legislative provisions in England stipulate punishment by a term of imprisonment of two years. In average, funds allocated to each participant range from 10 000 to 50 000 GBP and the precise sum is set

²⁵ Landsman, S., *Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, Cornell Law Review, vol. 75, no. 3, 1990, p. 604.

²⁶ Stated according: Slater, E., *Special report: The return of the supergrass*, 8 October 2012, <https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/special-report-the-return-of-the-supergrass8201325.html>, 8 Nov 2018 Blackburn testified against two accomplices in a murder case and he was acting as an accomplice. Court has reduced his sentence from 12 to 2 years and 6 months, which is a significant reduction by 79%.

according to local economy and number of participants in the program.²⁷Local economy may refer to any new relocation venue in England or some other country, in case of high risk. Besides the adults who have challenges with change of identity, there is especially vulnerable category of children and teenagers for whom new life in most cases becomes a life under armor.²⁸One of the biggest challenges comes from modern technology. Since early age, children use mobile phones, while social networks have become a sort of disease. Once they and their parents are included into protection program, they must pay extra attention when using means of modern technology. For example, Service officers had to relocate family twice when a teenager, member of protected family, shared the name of a Mall where he shopped his clothes on a social network.²⁹Shared information must be treated with great caution. In the period from 2006 to 2011, England program protection included 140 justice collaborators and from 2013 to 2016, 45 justice collaborators (*supergrasses*).³⁰ These records would certainly have increased, should data on family members be included, too.

5. Program protection in the Legislation of Italy

The Italian legislation has started the initial cooperation between the justice collaborator and competent authorities in criminal offences related to terrorism. After members of Brigade Rose (Red Brigades) testified in exchange for more lenient punishments, the authorities have achieved successful results in suppression of criminal activities of this terroristic organization, which resulted in present defeat in most of the Italy.³¹ Although organized forms of criminal activities emerged before terrorism, the Italian legislator has regulated the issue of pentitism in criminal offences of organized crime only after being convinced of its significance, as a result of positive experience in combating against terrorism. In The Law no 152 dated 13 May, 1991, collaboration between justice collaborators and competent authorities in criminal offences of organized crime has been regulated for the first time. For a defendant who is accused in a criminal proceeding for a criminal offence of organized crime and has decided to plead guilty on the criminal offence and testifies against his accomplices, by collaborating with the Attorney General, in Italy is used the term “collaborator to justice” (*collaboratore di giustizia* or *pentiti*). This Law also stipulates non-procedural measures of justice collaborator’s protection and by the Law no 45 dated 13 February, 2001 these measures include also the “witness to justice”.³² Among these laws, there are no essential differences in non-procedural measures of collaborators to justice. These measures were introduced firstly in case of Tommaso Buscetta, a collaborators to justice, in

²⁷ Fyfe, N., Sheptycki, J., *International Trends in the Facilitation of Witness Co-Operation in Organized Crime Cases*, European Journal of Criminology 3(3), 2006, p. 332.

²⁸ Fyfe, N., McKay, H., *Desperately Seeking Safety*, The British Journal of Criminology, Vol 40, No. 4, 2000, p. 676.

²⁹ <https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/special-report-life-in-witness-protection-2075422.html>, 10.11.2018.

³⁰ Stated as per: Slater E., *op.cit.*

³¹ Tak, P. J. P., *Deals with Criminals: Supergrasses, Crown Witnesses and Pentiti*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, vol. 5, no. 1, 1997, p. 19.

³² Essential difference between associate to justice and witness to justice is in their procedural characteristic. Associates to justice are the defendants who take testimony, while witness to justice are merely witnesses with direct or indirect information of criminal offences committed by members or leaders of criminal organizations.

1984 when normative framework has not existed yet. Still, this man was provided protection, after he was released from prison (he was relocated to unknown location with new identity), as his life in freedom was compromised due to threats of the Sicilian Mafia.³³ This Law has not only specified the program protection, but was winning over witnesses for collaboration with competent authorities, proving to be a stability factor for security preservation. A justice collaborator can be included into program protection under the following conditions (Art. 2. of the Legge 13 febbraio 2001, n. 45, G.U. n. 58 del 10 marzo 2001 – Supplemento ordinario n. 50): his testimony should relate to criminal offences of illegal drugs, murders and organized crime; collaboration between justice collaborator and the Attorney General should terminate within 180 days since the beginning of negotiations while the court finds the testimony complete, truthful and significant; that he has served ¼ of a prison sentence, and in case of a severe criminal offence, 10 years of a prison sentence; that he is, according to competent authorities' evaluation, under threat of retribution after release from the prison. Same as in the USA, the Italian legislator has prescribed wider range of criminal offences that need to be committed in order to fulfill a condition for inclusion into protection program. Decision on evaluation of conditions and inclusion into program is passed by the Central Commission of the Ministry of Interior, after proposition submitted by the Attorney General. The Commission is composed of judges and investigators, long-term professional experts in suppression of organized crime. Proposition submitted by the Attorney General should comprise short factual description of the collaboration, state the results of the collaboration, if any, and if achieved, state their importance. At the end, the proposition should describe all the circumstances of the case, in order for Commission to evaluate them as dangerous and emergency (Art. 6. (1) of the Legge 13 febbraio 2001, n. 45, G.U. n. 58 del 10 marzo 2001 – Supplemento ordinario n. 50). Application Form contains same obligations as the Memorandum of Agreement in USA and England. Finally, by signing the Memorandum, the justice collaborators acknowledge that they comply with its contents. There are no substantial discrepancies of protection measures, compared to American and English legislation. They are executed by the Central Protection Service and they comprise: relocation in or out of the country, change of identity, measures of economic support.³⁴ Average costs per participant sums up to 14 500 GBP, which according to data of the Ministry of Interior puts a financial burden of 72 million of pounds to the state, for a total of 5000 protected witnesses per year.³⁵ Decision on duration and suspension of protection measures is passed by the same Commission that decides on the inclusion. Re-evaluation of collaborators' obligations stipulated in the Agreement is done periodically, every six months (Art. 8. (2) of the Legge 13 febbraio 2001, n. 45, G.U. n. 58 del 10 marzo 2001 – Supplemento ordinario n. 50). Suspension usually happens in cases of committing criminal offences, continuing with his criminal career or failing to commit to stipulated obligations. From 1995 to 2007, 9500 justice collaborators coming from famous crime organizations of Cosa Nostra, Camorra, 'Ndrangheta and Sacra Corona Unita have been brought up before the Italian judiciary authorities. Including members of their families, measures of protection programs included a total of 13 334 individuals. In support to fact that the majority of them

³³ *Good Practice for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime*, p. 13.

³⁴ Allum, F.; Fyfe, N., *Developments in State Witness Protection Programs: The Italian Experience in an International Comparative Perspective*, Policing: A Journal of Policy and Practice, Vol. 2, No 1, 2008, p. 93. (92-102)

³⁵ Fyfe, N.; Sheptycki, J., *op. cit.*, p. 332.

were liable to their program commitments, goes the fact that the Commission passed a decision on suspension of the Program in only 554 cases.³⁶

Conclusion

Program protection of individuals who has testified against their former associates upon the Agreement is certainly a significant segment in combating against organized crime. The decision of justice collaborators to break the “Silence Code” is under influence of, on one hand, offered privileges and on the other, liabilities of the state that may be characterized as non-agreement (measures of program or non-procedural protection). During the collaboration with the Attorney General, the collaborator will always have a dose of fear or apprehension, as measures of sentence’s reduction and commencement of protection measures are not effective immediately, but only after the collaborator give significant contribution to disclosure or indictment of members and leaders of criminal organizations. It is actually a transitory period in which he is provided with protection during criminal proceeding, in order to overcome difficulties. Measures of procedural protection, sentence reduction and non-procedural measures have a cumulative function of creating sense of safety to the witness. First measures are being realized during the trial, second after the trial. Program protection was designed not only to keep a collaborator safe, but to prepare him for the testimony. A foundation to program protection was set by the American legislation, while legislations of the European countries simply accepted it, with not so significant discrepancies. The content of program measures remains the same, with discrepancies present only in some segments of repressive, financial character and the authorities deciding on the inclusion into program. On term of imprisonment that the witness is sentenced to serve, if he does not comply with program obligations, decides a competent authority according to adopted penal policy in each state. Protection program model which includes decision passed by a Commission is adopted in all countries, except the England. Annual allocation of funds for protection program participants also differs. Key role plays a number of persons willing to participate, not the scope of organized criminal activities. According to experience from comparative legislation, non-procedural protection has its positive and negative sides. The majority of protected witnesses who usually have criminal background have complied with the liabilities stipulated in Memorandum and accepted the new way of life. Low recidivism rate comes as a result of their rational choice to stop their criminal career and start a safe life. On the other hand, to get accustomed to new life is extremely hard not only for the witness, but also for his family members, especially the children. Besides the measures of physical protection, providing financial assistance, overcoming the problems related to accustoming to new environment, psychological support also play the important role. On annual level, each state allocates significant funds for financing program participants which draws huge criticism in public. However, none of the states will desist from investing into program measures due to awareness of its importance in combating against organized crime. When a testimony contributes in indictment of members and leaders of criminal organizations to a long term of imprisonment, the size of criminal activities diminishes accordingly.

³⁶http://www.camera.it/_bicamerale/leg15/commbicantimafia/documentazionetematica/25/schedabase.asp#Normativa 08.11.2018.

REFERENCES

- Allum, F. & Fyfe, N., Developments in State Witness Protection Programs: The Italian Experience in an International Comparative Perspective, *Policing: A Journal of Policy and Practice*, Vol. 2, No 1, 2008, p.p. 92-102.
- Атанасов, С., Улога сведока у откривању и доказивању кривичног дела, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016.
- Бозокин, М., Тема „Дневника”: Покајници у криминалним радњама – корист или терет?, <https://www.dnevnik.rs/hronika/tema-dnevnika-pokajnici-u-kriminalnim-radnama-korist-ili-teret-28-02-2018>, 25.04.2019.
- Чарнић, Д., Где су и шта раде заштићени сведоци, *Политика*, 01.01.2014, http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2014&mm=01&dd=01&nav_id=795674, 20.04.2019.
- Димовски, С., *Заштитениот сведок како инструмент во македонскиот правен систем*, Мај 2014, <https://www.pravdiko.mk/wp-content/uploads/2015/02/zastiten-svedok.pdf>, 20.04.2019.
- Fyfe, N. & McKay, H., Desperately Seeking Safety, *The British Journal of Criminology*, Vol 40, No. 4, 2000, p.p. 675-691.
- Fyfe, N. & Sheptycki, J., International Trends in the Facilitation of Witness Co-Operation in Organized Crime Cases, *European Journal of Criminology* 3(3), 2006, p.p. 319-355.
- Good Practice for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna, New York, 2008.
- Hilger, W.P.J., Organized Crime / Witness Protection in Germany, http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no58/58-09.pdf, 23.04.2019.
- Hughes, G., Agreements for Cooperation in Criminal Cases, *Vanderbilt Law Review*, vol. 45, no. 1, 1992, p.p. 2-66.
- Landsman, S., Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England, *Cornell Law Review*, vol. 75, no. 3, 1990, p.p. 497-609.
- Lawson, M. R., The Federal Witness Protection Program Revisited and Compared: Reshaping and Old Weapon to Meet New Challenges in the Global Crime Fighting Effort, *University of Miami Law School Institutional Repository & Comparative Law Review*, vol. 21, 2014, p.p. 191-239.
- Legge 13 febbraio 2001, n. 45 (G.U. n. 58 del 10 marzo 2001 – Supplemento ordinario n. 50).
- Лукић, Т., Посебности кривичног поступка за организовани криминал, тероризам и корупцију, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2008.
- Матовски, Н., Лажетик-Бужаровска, Г., Калајџиев, Г., Казнено процесно право, Академик, Скопје, 2011.
- Navarro, C., Mier, J., *Komparativna analiza zakonodavstva o zaštiti svedoka u regionu Zapadnog Balkana*, Februar 2015, (Burnsajd, S., *Izmenjena i ažurirana verzija u novembru 2018*).
- Organized Crime Control Act, Public Law 91-452, 84 Stat., October 15, 1970.
- Seabrook, L. A. & Stewart J., Snitches Get Stitches: Combating Witness Intimidation in Gang-Related Prosecutions, *United States Attorneys' Bulletin*, Vol.62, No. 3, 2014, p.p. 83-89.
- Serious Organized Crime and Police Act 2005.

- Slater, E., Special report: The return of the supergrass, 8 October 2012, <https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/special-report-the-return-of-the-supergrass8201325.html>, 08.11.2018.
- Tak, P. J. P., Deals with Criminals: Supergrasses, Crown Witnesses and Pentiti, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 5, no. 1, 1997, p.p. 2-26.
- Вулевић, О., Институт заштићеног сведока и његово функционисање у законодавству Републике Србије, *Безбедност*, 3/2017, стр. 185-206.
- Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку, *Службени гласник РС*, 85/2005.
- Закон за заштита на сведоци, *Службени весник на Република Македонија*, 38/2005, 58/2005
- http://www.camera.it/_bicamerale/leg15/commbicantimafia/documentazionetematica/25/schedabase.asp#Normativa, 08.11.2018.
- <https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/special-report-life-in-witness-protection-2075422.html>, 10.11.2018.
- <https://www.justice.gov/jm/jm-9-21000-witness-security#9-21.130>, 04.11.2018.
- <https://www.law.cornell.edu/uscode/text>, 20.06.2019.
- <https://www.usmarshals.gov/duties/factsheets/witsec.pdf>, 04.11.2018.
- Jedinica za zaštitu, <http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/direkcija-policije/ojdpp/Jedinica+za+zastitu>, 05.05.2019.

LIMITATION OF THE RIGHT TO PRIVACY BY SECRET OBSERVATION OF THE SUSPECT'S COMMUNICATION

Saša Knežević

full professor

Faculty of Law, University of Niš

knez@prafak.ni.ac.rs

Ivan Ilic

assistant professor

Faculty of Law, University of Niš

ivan@prafak.ni.ac.rs

Abstract

The right to privacy is one of the fundamental human rights. However, the illumination of modern types of crime (especially organized crime) requires the use of technical achievements that necessarily limit the privacy of the persons to whom these measures have been applied. Thanks to scientific and technological progress, interpersonal contacts take place with the absence of the time distance required to move information from the sender to the recipient. It is realistic to expect that the authority of criminal proceedings can hardly resist the temptation to supplement evidence with the insight into the intimacy of the defendant (or suspect). Thus, achievements of scientific and technological progress are the legacy that makes it easier and adorn human life, but it is also "restless Faust" who is tempting a man at every step. Certainly scientific and technical achievements "provoke" the legislator, as well as the police and judicial authorities in the process of clarifying the criminal case. A delicate task is set before the legislator. The provisions of the law must be such as to provide for the suppression of perpetrators of criminal offenses (especially organized crime), who in the performance of their activities of criminal character use the most modern scientific and technical achievements. On the other hand, a border must be determined, dividing legally from unlawful interference with private life, which must not be crossed by the police and judicial authorities, engaged in the criminal prosecution of perpetrators of criminal offenses.

Key words: *the right to privacy, secret surveillance, special investigative actions;*

General remarks

Some serious crimes result in extremely serious violations of social goods. In addition, these crimes are committed by persons of a specific psychological profile, who approach their own criminal activity from the positions of professional engagement, directed to the realization of material profit. Therefore, crimes committed in various organized forms are hardly revealed

by classical means of proof. Modern legislation, having in mind these circumstances, envisages a wider range of specialized means of proof, which provide the possibility of institutional response to serious crimes of organized crime, war crimes and other extremely serious crimes.

Special investigative techniques, directed to the detection and processing of the most serious crimes, the Serbian legislation terminologically denotes as *Special means of proof* (Articles 161-187 of the Code of Criminal Procedure of Serbia). These are means that dramatically increase the possibility of discovering and proving serious crimes. However, these actions include secret monitoring of the conduct and communication of the suspect, without any knowledge of the suspect that he/she is the object of supervision by the prosecuting authorities. In this way, the privacy of the suspect is revealed, with the existence of a real possibility of finding out facts that are not relevant to the prosecution of the crime, as well. Therefore, there is a danger of an unauthorized insight on the intimacy of the persons subject to a secret observation. It is precisely this danger that requires strict legality when applying these measures.

The latent possibility of exceeding the permitted insight into the intimacy of the suspect is not the only danger that threatens the human rights of those who come under the impact of these measures. They are undertaken in pre-trial proceedings, when there is a minimum degree of conviction about the criminal offense and the perpetrator - suspicion. Therefore, these measures are being undertaken when the possible proved guilt of the suspect is still far from the horizon of an organized social reaction to unlawful behavior. The effectiveness of the criminal-law reaction obviously placed in the shadow the possibility of limiting the elementary human rights of persons under which conspiratory supervision measures are applied.

Strict legality in the application of specialized means of proof requires that legal norms determine clear substantive and formal legal conditions for the application of these measures. In addition, it is necessary to limit their time use, as well as to determine the procedure with evidence collected through the use of specialized means of proof. In particular, the handling of data, which has not been designated as the subject of the secret conduct by prosecuting authorities, should be regulated. Legal norms must exclude the possibility of using the received data for non-processing purposes.

From evidential actions that can violate the privacy of citizens, the broadest application the *search of the apartment and persons* and, to some extent, the *physical examination of the defendant*. These are regular (classical) means of proof. The Criminal Procedure Code also prescribes specialized means of proof - surveillance of the suspect's communications; secret surveillance and recording; computer search of data; controlled delivery and a hidden investigator. In the following exposition, the focus of our attention will be the secret observation of the suspect's communications. But before that, we will refer to the international legal and constitutional protection of citizens' privacy.

1. International and constitutional protection of privacy

The right of citizens to protect privacy is one of the basic human rights whose respect is required by the civilization standards of modern times. Imperative norms that prescribe as unacceptable "arbitrary and unlawful" interference with the private life of people and their families, as well as the violation of the inviolability of home and personal integrity are

contained in the Universal Declaration of Human Rights (art. 12). The International Pact on Civil and Political Rights provides that no one may be subject to arbitrary or unlawful interference with his private life, his family, home and correspondence (Art. 17). The privacy of citizens is also protected by the provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Article 8).

By implementing the provisions of these international acts they have become an integral part of our positive law. The concrete expression of this provisions of international documents was also found in the Constitution of the Republic of Serbia. Specifically, generally accepted rules of international law and ratified international treaties are an integral part of the legal order of the Republic of Serbia and are directly applicable. However, in order to confirm an international treaty, it must be in accordance with the Constitution (Article 16, paragraph 2).

The Constitution of Serbia proclaims basic human rights, including those related to the freedom of communication. The secrecy of communication by letters and other means is guaranteed (Article 41, paragraph 1 of the Constitution of Serbia). Deviations from privacy protection (even for a limited time) have a constitutional justification. However, the constitutional norm allows a departure from the inviolability of secrecy of letters and other means of communication, based on a court decision, and if this is necessary for the conduct of the criminal procedure or protection of the security of the country, and in the manner provided by the law (Article 42, paragraph 2).

Citizens' privacy is also protected by *criminal law*. Criminal legislation of the Republic of Serbia criminalizes behavior which constitutes an unauthorized insight into the private life of citizens. Specific crimes, which incriminate inadmissible conduct in the sphere of freedom of communication, are the result of the legislator's efforts to protect the privacy of citizens. These are crimes: violation of the confidentiality of letters and other consignments (Article 142 of the Criminal Code of Serbia); unauthorized eavesdropping and tone recording (Article 143 of the CC of Serbia), unauthorized photographing (Article 144 of the CC of Serbia), unauthorized publication and display of another's writing, portrait and footage (Article 145). The accomplishment of this goal also is provided by the criminalization of the unauthorized violation of the inviolability of the apartment (Article 139 of the CC of Serbia) and illegal search (Article 140 of the CC of Serbia).

2. Violation of privacy by limitation of the suspect's communication

The international legal and constitutional legal rank of the right to free correspondence and communication is not a guarantee at all for its inviolability. In this sense, international legal documents also provide *exceptions from the inviolability of private life*. The European Convention allows the possibility of "interference by public authorities with the exercise of the right to privacy" in accordance with the law and in the interests of national security, public security or the economic well-being of the country, in order to prevent disorder or crime, the protection of health, morals and the rights and freedoms of others. The limits of a legitimate restriction on the freedom of communication are also determined by the practice of the European Court of Human Rights. From the practice of the European Court in the case of *Klass and Others v. Germany*, follows the right of the state to protect itself against immediate threats against "free democratic constitutional order" from riots and crimes, as well as from

threats to national security.¹ However, it would be contrary to the principle of the rule of law if the discretionary freedom of the executive was unlimited. Although States have tried to dispute that the observation of the suspect's communication outside the scope of the right to privacy, justifying this with the protection of the public interest, the Court has made it clear that recording the conversation constitutes an interference with the right to private life.

Starting from the aforementioned case *Klass v. Germany*, the Court later dealt with the assessment of the quality of the law relating to the secret observation of the communication of the suspect. The court found in *The Sunday Times v. The United Kingdom* found that the "quality of law" criterion implies that national law must be available and predictable, and the law is predictable if it is clear and precise.² In these cases, the court applies the concept of "potential victim". It is not necessary that the law, which regulates the interception of the suspect's communication, be applied in a specific case. The existence of a law in itself constitutes a threat to all people it can be applied to.³ It is enough that an individual proves that there is a "reasonable probability" that the law can be applied to him.⁴

Based on the Court's practice, it can be concluded that adequate procedural guarantees, in the event of a secret observation of communication, can be provided by prescribing the nature of the offenses for which it is possible to apply this measure,⁵ the categories of persons to which these measures may be applied, the duration limitation, the procedure for storing and using the obtained data, the prevention measures when delivering materials to third parties and the circumstances under which the collected material must be destroyed.⁶

The Court found a violation of the right to a private and family life under Article 8 of the Convention by failing to fulfill the criteria "in accordance with the law" and "the necessity of interference in a democratic society" in the event of an inadequate reasoning for determining the secret observation of the communication of the suspect. In the cases *Dragojević v. Croatia* and *Bašić v. Croatia*, the Court pointed out that the absence of an explanation of specific reasons justifying the application of the measures of secret surveillance, in particular, which explains the legal requirement that the investigation could not be carried out otherwise or would have disproportionate difficulties, does not provide the necessary protection against misuse. Necessary guarantees of legality can not be justified by the retroactive justification of the application of secret surveillance.⁷

In addition to fulfilling the criteria of "predictability of the law", in the case of the application of the secret observation of communication, the Court examines the fulfillment of the conditions for the necessity of interference in a democratic society, in order to achieve a legitimate aim. There must be adequate guarantees against misuse. Assessment of the

¹ *Klass and Others v. Germany*, App. no. 5029/71, § 46,

² *The Sunday Times v. The United Kingdom*, App. no. 6538/74 (26/04/1979) § 49;

³ *Klass and Others v. Germany*, App. no. 5029/71, § 34, *Liberty and Others v. the United Kingdom*, App. no. 58243/00, §§ 56, 57

⁴ *Kennedy v. UK*, App. no. 26839/05, § 122.

⁵ *The condition of predictability does not require the determination of a list of the named crimes, but it is sufficient that it be determined by nature (certain groups of offenses). For example, in the United Kingdom, interception of the suspect's communications can be ordered when necessary in the interests of national security, with a view to preventing or detecting serious crimes or for the protection of the economic well-being of the United Kingdom.* *Kennedy v. UK*, op. cit., § 159.

⁶ *Huvig v. France*, App. no. 11105/84, § 34; *Amann v. Switzerland*, App. no. 27798/95, § 76; *Valenzuela Contreras v. Spain*, App. no. 27671/95, § 46; *Prado Bugallo v. Spain*, App. no. 58496/00, § 30.

⁷ *Dragojević v. Croatia*, App. no. 68955/11, § 98, *Bašić v. Croatia*, App. no. 22251/13, § 33, 34.

fulfillment of this criterion depends on the nature, scope and duration of the measures, the reasons for determining, the authorities responsible for implementation and supervision, as well as the type of remedy, which is envisaged at the national level.⁸

On the other hand, from the practice of the European Court of Human Rights, it follows that the right to privacy was not violated if the state used the "products" of wiretapping telephone conversations to deny the access of an eavesdropped person to the civil service.⁹ In contrast, privacy is also violated in the event that the police are eavesdropping their employees in their own premises without a warrant.¹⁰

Likewise, it is unacceptable not only to illegally wiretap phone conversations, but also to provide the police with data obtained by registering phone calls without a legal basis, or without the consent of the person whose conversations are registered. Considering the nature of these measures, it is clear that there is no obligation for the state to inform the person to whom these measures apply.¹¹ However, the existence of legal remedies for persons whose communication is intercepted is of great importance. They must be accessible, regardless of whether a person has information on whether or not these measures have been applied to him.¹²

3. Secret surveillance of telephone and other communications of the suspect

It is indisputable that the state can not completely renounce the control over the communications of the defendant (or suspect). If this were the case, the success of the criminal justice protection of the society would be called into question. However, consistency in the realization of the defendant's human rights requires precise conditions under which the principle of the inviolability of the secrecy of letters and other forms of communication can be departed from.

3.1. Conditions for the implementation of this measure

International standards for the *protection of privacy* require that surveillance and recording of telephone and other communications of the suspect can be ordered only under conditions prescribed by the law. From the requirements of a substantive nature, it is necessary to foresee that the decision on deviation from the principle of inviolability of the secrecy of letters and other forms of communication can be made only in case of endangering the highest social values by organized commission of explicitly stated crimes. In addition, the decision on the supervision and eavesdropping of telephone and other communications (fax, mobile phones, e-mail, etc.) must be essentially court-based, with the obligation to explain the decision, but also time-limited. Data obtained by applying this measure may be used as evidence in criminal proceedings only if this measure is applied in accordance with the normative framework for its application and can not be used for other, non-process purposes.

3.1.1. Criminal offenses for which this measure is applied

The Code of Criminal Procedure stipulates that secret surveillance of communications can be initiated if there is a *suspicion* that a person has participated in the

⁸ *Klass and Others v. Germany, op. cit., §§ 49, 50, Weber and Saravia v. Germany, App. no. 54934/00, § 106*

⁹ *Leander v. Sweden, App. no. 9428/81*

¹⁰ *Halford v. UK, App. no. 20605/92*

¹¹ *Kennedy v. UK, App. no. 26839/05, § 167*

¹² *Roman Zakharov v. Russia, App. no. 47143/06, § 233,234*

commission of the most serious crimes prescribed by the provision of Art. 162 of the CCP of Serbia. An additional requirement for the application of this and other special means of proof is that the evidence for the prosecution could not be collected without the application of these measures, or their collection would be significantly more difficult (Article 161 of the CCP of Serbia). Therefore, subsidiarity in the application is normatively determined, as a result of the possibility of over - interference in the area of human rights protection of the suspect.

The legislator also allows the possibility of application of secret surveillance of the suspects' communications in case there is a suspicion that a person is *preparing* the execution of any of the crimes that constitute a material condition for the application of this measure. The confirmed subsidiarity of the application of the measure in this case, is a logical result of the effort to limit its excessive scope. The regulated obligation of the prosecuting authorities to act in a manner that is less threatening for the human rights of the suspect is also on that course (Article 161, paragraph 3).

The application of secret surveillance of communications, as well as most other special means of proof, is foreseen for criminal offenses under the jurisdiction of specialized prosecuting authorities, as well as for the listed criminal offenses (Article 162 of the CCP). These are crimes for which prosecution jurisdiction have public prosecutors for organized and war crimes.

These specialized public prosecutors are prosecuting the perpetrators of criminal offenses committed in the form of organized crime, suspects for war crimes, as well as the perpetrators of certain enumerated criminal offenses, envisaged by the Law on the organization and competence of state authorities in combating organized crime (Article 2).

Organized crime involves the commission of criminal offenses under the following conditions: a) the existence of a group of three or more persons; b) that the group exists for a certain amount of time; c) action of the group based on the agreement, with the aim of committing criminal offenses; d) execution of a criminal offense, for which a sentence of imprisonment of four years is prescribed, or a more severe punishment; e) the goal of committing criminal offenses is to obtain, directly or indirectly, financial or other benefits (Article 3).

The war crimes prosecutor's office has jurisdiction: a) for crimes against humanity and other goods protected by international criminal law (genocide, war crimes against humanity, war crimes against civilians); b) serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia, starting from January 1, 1991; c) for the criminal act Assistance to the perpetrator after one of these criminal offenses.

The secret surveillance of the suspect's communications may be determined, except for criminal offenses within the jurisdiction of the specialized public prosecutor's offices, and for certain criminal offenses listed in the provision of Art. 162. Code of Criminal Procedure of Serbia. Among other, these are the following crimes: severe murder, kidnapping, forgery of money, espionage, attack on constitutional order and other criminal offenses (Article 162, paragraph 1, item 2 of the CCP).

The criminal procedural legislation of Serbia, obviously, belongs to those legal systems in which criminal acts are defined on the basis of the enumeration principle (the so-called catalog of criminal offenses), which are the basis for the application of the measure Secret surveillance of telephone and other communications of the suspect. To this group of legislation also belongs *German law* (§ 100. The StPo foresees the application of this measure to the perpetrators of criminal acts defined on the basis of the enumeration principle, mainly

those directed against the constitutional order and security of the country, the most serious violations of international law, forgery of money, robbery, etc.), as well as the *Italian* criminal procedural legislation (Article 266. *Codice di procedura penale*).

To this group of legislation also belongs *American law*, which allows the application of surveillance measures and recording of telephone and other communications when illuminating crimes with the element of violence, related to drugs and organized crime.

The Code of Criminal Procedure of Montenegro, however, accepts the so - called *combined system*. According to the provision of Art. 158 of the CCP of Montenegro, this measure can be applied to perpetrators of criminal offenses for which a sentence of imprisonment of ten years or more is envisaged, as well as for criminal offenses with elements of organized crime, against the security of computer data, but also for some listed crimes. *Croatian legislation* also belongs to this group of legislation. Namely, the Croatian CCP allows the use of surveillance and technical recording of telephone and other communications for criminal offenses against the Republic of Croatia and the armed forces of Croatia, for which there is a sentence of imprisonment of five years or more years or long-term imprisonment foreseen, but also for a number of enumerated criminal offenses, as well as for organized forms of commission of criminal offenses (Article 334 of the CCP of Croatia). The CCP of the *Republic of Srpska* (Article 235) offers a similar solution. According to this Code, the application of this measure is possible, if criminal offenses against the constitutional order and security of the RS, against humanity and values protected by international law, terrorism, and crimes for which the punishment foreseen is over five years, have been committed or are being prepared.

Comparatively observed, in addition to these two systems, there are legal solutions according to which surveillance and recording of telephone and other communications can be ordered depending on *the severeness of the prescribed sentence* (de facto, depending on the gravity of the offense). *French* legislation falls into this group (art. of the CPP 100 foresees that this measure can be taken for crimes or offenses for which a punishment of two years or more is envisaged, and also *Swiss law* (arts. 66 al. 1 a, b, c, the LPP envisages the possibility of monitoring and recording communications of suspects for crimes and offenses "whose weight or peculiarities justify this measure" for punishable acts done by the telephone, if certain facts cast doubt on the person to whom the control should be determined and if the illumination of the criminal offense without the application of this the measures would be difficult).¹³

Similar legal solutions exist in the *British*, i.e. the right of England and Wales (Scotland has autonomous legislation). However, according to the 1985 Law on the regulation of telephone eavesdropping, the Secretary of State may issue an interrogation warrant if this is necessary for the interests of State security or the prevention of *serious criminal offenses* or for the preservation of the economic well-being of the United Kingdom.¹⁴ British law, therefore, does not provide for even the lower limit of the penalty required for the application of this measure.

¹³ Banović, B, Korišćenje specijalnih sredstava za nadzor komunikacija u prekrivičnom i krivičnom postupku i ljudska prava (Use of special means for monitoring communications in pre-criminal and criminal proceedings and human rights), *Pravni život*, 2001, no. 9, p. 320.

¹⁴Krapac, D, PhD, *Engleski kazneni postupak* (English Criminal Procedure), Zagreb, 1995, p. 126.

In the end, there are also legislations that do not specify the scope of criminal offenses for which the measure of surveillance and recording of telephone and other communications can be used, so this is regulated by general linguistic formulation (reasonable reasons for the application of this measure, the need for evidence collection, etc.), in, for example, *Spanish and Belgian law*.¹⁵

During the surveillance and recording of the telephone and other communications of the suspect, data may be recorded indicating the execution of another criminal offense, not the one for which this measure was taken. That is the so-called *accidental finding*. In the criminal procedural legislation of Serbia, until the adoption of the enforceable Criminal Procedure Code, there was a legal vacuum in regulating this issue, which negatively reflected the legitimacy of privacy restrictions by applying this measure.

However, Serbia's positive legislation (Article 164) permits the use of data on criminal offenses obtained through the use of special means of proof, although the collected material on the criminal offense and the perpetrator was not included in the warrant for the implementation of these measures. It is necessary that the data collected relates to some of the offenses for which the application of these measures can be determined (to be included in the legal catalog).

The Code of Criminal Procedure of Montenegro also regulates the treatment of an "accidental finding", only in the case of finding out information about one of the crimes from the list provided for by law (Article 159, paragraph 10). In this situation, the part of the footage will be copied and forwarded to the state prosecutor, with no restriction to the recording being treated as the original recording of a conversation pointing to that other criminal offense.¹⁶ However, neither the Montenegro CCP does not provide a solution for the conduct of investigative authorities in the case of registering data on a criminal offense that is not a part of the list of criminal offenses for whose detection it can be ordered monitoring and recording communications of the suspect.

Such a video could have a so-called. cognitive significance, that is, it can serve the state prosecutor for further conduct within his/her rights and duties, and, by himself, could not be used as evidence in criminal proceedings.¹⁷

The approach of Macedonian legislation is also interesting. Provision of Art. 263. of the CCP of the *Republic of Northern Macedonia* allows the use of data obtained through the use of special means of proof, which relate to a criminal offense not covered by an order, provided that it is possible for this measure to be applied for such a criminal offense. However, this provision does not explicitly permit the use of personally identifiable information about a person, which is not covered by an order for the implementation of these measures. It seems

¹⁵See: Škulić, M, *Organizovani kriminalitet-Pojam i krivičnoprocesni aspekti* (Organized Crime - Concept and criminal procedural aspects), Belgrade, 2003, p. 265,266.

¹⁶Radulović, D, *Specijalne istražne radnje i valjanost dokaza pribavljenih preduzimanjem tih radnji u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore i opšteprihvaćeni pravni standardi* (Special investigative actions and validity of evidence obtained in the criminal procedural legislation of Serbia and Montenegro and generally accepted legal standards), a report from XLI regular annual consultations of the Association for Criminal Law and Criminology of Serbia and Montenegro, Zlatibor, September 2004, p. 469.

¹⁷Ibid

that this was not the intent of the legislator, and that therefore this provision should be clearly re-formulated and specified.¹⁸

3.1.2. Persons whose privacy can be restricted by observation and recording of telephone and other communications

It is clear from the provisions of the Criminal Procedure Code of Serbia that this measure can be applied to persons for whom there is a *suspicion* that they have committed or are preparing to commit some of the crimes in the field of organized crime, war crimes, as well as certain criminal acts enumerably determined by law. The condition is also that the evidence of this criminal offense and the perpetrator can not be revealed by other means of proof. Therefore, the telephone and other communications of the *suspect* in the pre-trial procedure can be observed.

Communication by phone, fax, e-mail and other modern technical means is, so to speak, two-way. This means that the surveillance and recording of the suspect's communications necessarily involve the technical observation of the person on the other side of the phone call, who does not necessarily have to be involved in criminal activities. If this were the case, the privacy of a "non - delinquent " interlocutor who is not involved in the criminal activity of the suspect will be protected by the obligation to use the information obtained only for process purposes. However, the question arises as to whether surveillance and recording of communications can be applied to persons who are in some way involved in the criminal activity of the suspect.

The Code of Criminal Procedure of Serbia does not provide a decisive answer to this issue, while the Montenegrin CCP foresees the application of secret surveillance and technical recording of communications, and to persons for whom there are grounds for suspicion that they *transfer the messages related to criminal acts* to the perpetrators or that the *perpetrator is using their connections* for the telephone or another telecommunication device, for criminal acts in the catalog of the criminal acts relevant for the application of this measure. (Article 157, paragraph 3 of the CCP of Montenegro). The same legal solutions exist in *German* (§ 100th StPo) and *Croatian* law (Article 332, paragraph 7 of the CCP). Croatian positive law allows for the application of this measure, except to the persons who transmit messages and use the connections for the technical means of the suspect, and for persons who conceal the perpetrator or conceal the means by which the crime was committed, destroy or hide the traces or objects created by the criminal offense, and help the perpetrator in other way not to be discovered. Croatian case-law has confirmed this view, even before the legislature regulated this situation. The Supreme Court of Croatia took the view that an "accidental finding" could be used as evidence in criminal proceedings if that other person was in the "criminal sphere" of the person to whom the measure was ordered (for example, using his phone connections).

The question arises as to whether the results obtained by applying this measure can be used against a person who, later in the criminal procedure, may have the position of the so-called privileged witnesses. It may be considered that the use of the secret surveillance of communications of these persons would deny the essence of the process position of this

¹⁸ Kalajdziev, G. Lazetic et al., Komentar Zakonot na krivičnata postapka (Commentary on the Law on Criminal Procedure), Skopje, 2018, p. 590.

category of witnesses. However, if these persons also had the capacity of a suspect because they are preparing or have already committed one of the criminal offenses for which the use of specific evidence could be determined, then the secret supervisor of their communications would be legal. Canadian law, however, allows monitoring of communications of *unknown persons*, whereby this measure can not be applied to persons known at the time of filing the application, while French law determines the monitoring of communications carried out from the Bar Association by the prior notification of the president of the bar association.¹⁹ Problems can also arise in terms of monitoring individuals protected by criminal process immunity.²⁰

3.2. Making a decision on the secret observation of the suspect's communication

The application of the measure of surveillance and recording of telephone and other communications of the suspect restricts one of the fundamental human rights - the right to privacy. It is a crucial question, how to shape the tendency to use technical achievements in the evidentiary process, without, however, exceeding the threshold of an authorized breach into the *intimacy*. The need for evidence must not violate the minimum of the *moral dignity of the suspect*. Therefore, a decision on deviation from the principle of inviolability of secrecy of letters and other forms of communication should be made only under the conditions and in the manner strictly provided for by the law and only for the purposes of the criminal procedure.

From the nature of this measure, which delineates the *horizons of freedom of intimate life of people*, derive the exceptional nature of its application. Therefore, the application of this measure of secret surveillance of the suspect's communications must have a *subsidiary character*, i.e. this measure should be applied only when evidence is not provided in another way. Unlike the previous legislation, the current Criminal Procedure Code of Serbia prescribes the subsidiary character of this special mean of proof, as well as for other special means of proof. *Montenegrin* and *Croatian* legislation have the same approach, because they condition the application of the measure of surveillance and recording of telephone and other communications of the suspect with the previous use of "classical" means of proof. Thus, the secret observation of the suspect's communication is possible "if in some other way the evidence could not be collected or their collection would require a disproportionate risk and endanger lives of people" (Article 157, paragraph 1 of the CCP of Montenegro), or if the investigation of criminal offenses could not have been carried out otherwise or would have been incompatible with disproportionate difficulties (Article 332, paragraph 1, of the CCP of Croatia). The subsidiary character of this measure is also present in *American law*, according to which the application of this measure is possible if a regular investigation procedure has been tried and failed, or is unlikely to succeed or is excessively dangerous to use (18 USC (§2518 11) (a) and (b) (i)).²¹

The *public prosecutor* has the initiative for applying the measure of supervision and recording the communication of the suspect, which should provide the reasoned proposal with

¹⁹ See: Ilić, G, Odstupanje od nepovredivosti tajne pisma i drugih sredstava opštenja, (Deviation from the inviolability of secrecy of letters and other means of communication), Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2003, no.1, p.29.

²⁰ See: Radulović, D, op. cit. p. 470.

²¹ Banović, B, op. cit. p. 324.

the facts from which the necessity of applying this measure can be seen (Article 166, paragraph 1 of the CCP of Serbia). The role of the initiator for the application of this measure the public prosecutor has also in *Montenegrin* (Article 159 § 1 of the CCP), *Croatian* (Article 332, paragraph 1) and *Canadian law* (Article 185 (1) C cr), while in *US law* a request for supervision of communication is submitted by a police officer with the consent of the state prosecutor.

International *privacy protection* standards require that a decision directly affecting the suspect's intimate life sphere must be *strictly formal*. A legitimate insight into the communication of the suspect is possible only on the basis of a written and reasoned order of the investigating judge that contains information about the person to whom this measure is being applied, the basis of suspicion, the manner of implementation, the scope and duration of this measure. communication of the suspect is possible only on the basis of a written and reasoned order of the investigative a judge containing information about the person to whom this measure is applied, the basis of the suspicion, the manner of implementation, the scope and duration of this measure. Also, the decision on supervision and recording of telephone and other communications deeply affects the *intimate sphere* of the suspect, protected by international and constitutional norms. The logical consequence of this fact is that this decision can only be brought by the *court*.

According to the Serbian legislation, the secret supervision of the communication of the suspect is determined by the preliminary procedure judge, by issuing a reasoned order (Article 167, paragraph 1 of the Code of Criminal Procedure of Serbia). The order should contain: available information on the suspect, the legal name of the criminal offense, the marking of the known telephone number and the address of the suspect, or the telephone number or address for which there are grounds for suspecting that the suspect is using them, the reasons for the suspicion, the manner of implementation, the scope and duration of this special mean of proof (Article 167, paragraph 2, of the CCP of Serbia).

The decision on the implementation of secret surveillance of communications in Montenegrin law is brought by a judge for investigation (Article 159, paragraph 1, of the CCP of Montenegro). The judicial authority acting at the stage of the investigation is responsible for the making of this decision, in the law of *France* (art. 100 al. 2, CPP) and *Croatia* (Article 332, paragraph 1 of the CPC), *Germany* (§ 100.b. Abs. 2 StPO of Germany) and *Italy* (art. 267 CPP).

The judicial character of the decision on the supervision and recording of telephone and other communications of the suspect is somewhat relativized by the legal solutions of *Italian* and *German* law. In these legal systems, the decision to monitor the communications of the suspect is primarily brought by the investigating judge, but if there is a danger of delay, the decision is passed by the state prosecutor who immediately informs the investigating judge (art 267 CPP of Italy) and the investigating judge must confirm the decision of the state prosecutor within three days (§ 109.d of the StPO of Germany).

The legal basis for the decision on monitoring and recording of the suspects' communications is also contained in the *Law on the Security Information Agency of Serbia*. This law stipulates that "the director of the Agency may, if necessary for the sake of security of the Republic of Serbia, by its decision, on the basis of a *previous decision of the court*, determine certain measures to be taken to certain individuals and legal entities, which are deviating from the principle of inviolability of secrecy of letters and other means of communication, in the procedure established by this Law "(Article 13).

This, as well as the provisions of Art. 14 and 15 of the original text of this law passed in 2002 were the subject of establishing constitutionality. Namely, in its decision from 2013 (No. 3-252 / 2002 and 66/2014), the Constitutional Court of Serbia stated that the provisions of the Law on the Security Information Agency are overly general in character and allow broader grounds for restricting the right to privacy. It is therefore said that the provisions of this law should clearly specify the circle of persons to which special means of proof are applied, as well as the procedure for their implementation.

By amendments to the Law on the Security Information Agency done after the Constitutional Court's decision (the last one from 2018), the view of the Constitutional Court was respected. First of all, the Director of Security Information Agency is no longer competent to make a decision on the implementation of the measures of secret surveillance of communications. He is authorized to initiate it, to the Higher Court in Belgrade, which can make this decision. It is a novelty that the Director of Security Information Agency can file a complaint to the Appellate Court if a proposal for the application of these measures has been rejected. Measures to monitor and record telephone and other communications are also envisaged by the so-called police law of other countries. In Germany, these issues are regulated by the Law on combating illegal drugs commerce and other forms of organized crime, the Law on the Federal criminal office, the Law on Federal border protection service and other laws.

In Italy, the Act on the Protection of confidential and classified information, even amended certain provisions of the Code of Criminal Procedure.²² The possibility of undertaking the secret observation of communication of the suspect on the basis of the police powers envisaged by regulations regulating the activities of the police may adversely affect the protection of the privacy of the suspect.

An important component of the privacy protection of the suspect is the *time dimension* of this measure. Since this is a measure that greatly narrows the horizons of freedom and the rights of the person to whom it is applied, it is necessary to restrict the duration of this measure. According to the CCP of Serbia, this measure can last for a maximum of six months (three plus three months), and exceptionally, not more than three months times two (Article 167, paragraph 3).

The *Montenegrin* Code of Criminal Procedure provides for the duration of this measure to a maximum of 18 months from the day of issuing an order of implementation of this measure (Article 159, paragraph 5). The duration of the observer's observation of communications in *Croatian* law amounts to a maximum of eighteen months (Article 335, paragraph 3 of the CCP), eight months in *French* (art 100 al., CPP 2), six months in *German* (§ 100. b. Abs. 2 StPO of Germany), and forty-five days in the *Italian* law (art. 267 CPP).

3.3. The implementation of this measure

The protection of the privacy of the suspect presupposes, not only the strict form in the issuance of an order to control and record communications of the suspect, but also clearly precise conditions for the *implementation* of this measure. Since it is a conspiratorial measure, in its implementation, by the nature of the matter, a minimum number of subjects participates.

The surveillance and recording of telephone and other communications is conducted by the *police*, the Security Information Agency or the Military Security Agency, and the

²² Ibid, p. 321.

creation of technical conditions for the implementation of this measure falls within the scope of work of postal, telegraph and other companies, companies or persons registered for the transmission of information (Article 168 paragraph 1 and 2 of the CCP of Serbia). The collected data, obtained by executing this measure, are being submitted to the preliminary procedure judge and to the public prosecutor upon their request.

The Code of Criminal Procedure of Montenegro regulates the implementation of this measure in more detail. Specifically, the provisions of the CCP of Serbia do not specify the obligations of the police authorities towards the public prosecutor and the preliminary procedure judge when implementing the measure. In contrast, a police officer who performs surveillance and recording of the suspects' communications has the obligation to keep records of the conducted operation and to submit *periodic reports* on the execution of the measure to the investigative judge and the state prosecutor (Article 160, paragraph 5 of the CCP of Montenegro).

A more logical is the solution of the Montenegrin legislation that the final report and other materials obtained by this measure are submitted to the *state prosecutor* (Article 160, paragraph 6 of the CCP), rather than the preliminary procedure judge (as derived from Article 170, paragraph 1 Of the CCP of Serbia).²³ The higher level of involvement of the state prosecutor and the investigative judge during the implementation of this measure is also envisaged by Croatian legislation (Article 337, paragraph 1 of the CCP). Namely, reports and materials are submitted to the state prosecutor, while the investigating judge has the right to request from the state prosecutor the results of the applied measures at any time.

Police authorities are, except in our country, authorized to execute surveillance and recording of telephone and other communications of the suspect, in *American*, *Canadian* and *Croatian* law. The implementation of this measure in *German* law is entrusted to a judge, a state prosecutor or his assistant police officer, while *French* legislation entrusts the monitoring of communications of the suspect to investigating judge or judicial police officer. The obligations of the post office and other providers registered for the transmission of information in the execution of the measure of supervision and recording of the suspects' communications are explicitly foreseen, in our and also in the German legislation (§ 100.b. Abs. 3 StPO).²⁴

3.4. Use of evidence obtained through the supervision and recording of telephone and other communications of the suspect

In order to achieve the optimum protection of the human rights of the defendant, it is necessary to provide that only the information obtained in accordance with the conditions required for the decision on limiting the freedom of communication may be used as evidence in criminal proceedings. If a measure of supervision and recording of telephone and other communications was applied contrary to the legal requirements for the implementation of this measure or if it was done in disagreement with the order of the preliminary procedure judge, the court decision can not be based on such evidence (Article 163, 3. CCP of Serbia). Therefore, it is the court's obligation to *extract* the evidence obtained in an unlawful manner from the *case file*. If the verdict was based on these, *unlawful*, evidence, it would be a

²³ This view is represented also by Radulovic, D, op. cit. p. 471.

²⁴ See: Ilić, G, op. cit. p. 33.

substantial violation of the provisions of the criminal procedure (Article 438, paragraph 1 of the CCP of Serbia). By positive legal solutions, this violation has received the character of a relatively serious violation of the provisions of the criminal procedure, although until the adoption of the positive CCP it had the character of an absolutely essential violation of the provisions of the criminal procedure. The evidence whose existence was revealed from the data collected by surveillance and the recording of telephone and other communications by the suspect (so-called "*fruit of the poisonous tree*") is also illegal.

However, the question arises as to how it can be ascertained that the "*fruit of the poisonous tree*" is used in criminal proceedings. The fact that there is legally invalid evidence in the case files or that the court did not comment in the reasoning of the verdict to legally invalid evidence does not in itself mean that they do not represent the factual support of the judgment. However, if the court, in the reasoning of the judgment, gives great importance to distant indications and there are evidence in the files that can not be the basis of a judgment, the judgment was rendered under the influence of the invalid evidence. In that case, there would have been odds, albeit small, of success in denouncing the verdict by Article 438, paragraph 1. point. 11 of the Code of Criminal Procedure of Serbia (these are formal defects of a written judgment).²⁵

It is interesting to note that the practice of the European Court of Human Rights does not exclude the possibility of using evidence obtained through the unlawful observation of the defendant's communications. In a decision on the case of *Khan v. The United Kingdom* (dated 12 May 2000), it was noted that the use of recorded material obtained in an unlawful manner is not in conflict with the requirements of righteousness (Article 6, paragraph 1 of the European Convention), although condemnation is based *exclusively on this evidence!*²⁶

Disrespect of the conditions for monitoring the communications of the suspect envisaged by law is sanctioned by the inability to use this evidence also in the criminal procedure in the *Montenegrin* Criminal Procedure Code (Article 161), as well as the *Croatian* Criminal Code (Article 339, paragraph 8).

3.5. Prohibition of the use of received data for non-processing purposes

From the standpoint of the protection of human rights of the suspect, it is necessary to prohibit the use of data obtained by wiretapping and tone recording of the suspects' conversation for other *non-procedural purposes*. The established irrelevance of the knowledge obtained for the purposes of the criminal proceedings must result in the *destruction of the data and information* from which they were obtained, under the supervision of the preliminary procedure judge. This way of handling data unnecessary for the conduct of criminal proceedings is provided by Art. 163, paragraph 1. of the Code of Criminal Procedure of Serbia and Art. 160, paragraph 7. CCP of Montenegro. This prevents the creation of a file or the so-called *data banks* on the defendant, which could be used to achieve non-procedural purposes.

²⁵ See: Vasiljević, T, Grubač, M, Komentar Zakona o krivičnom postupku (Commentary on the Criminal Procedure Code), Belgrade, 1987, p. 624

²⁶ Ljudska prava u Evropi (Human Rights in Europe), Pravni bilten, Zemun, no. 6, 2000, p. 13-15.

The question arises as to whether the data obtained by observation of the conversation of the defendant with the defense can be used in the criminal proceedings. The Criminal Procedure Code of Serbia does not regulate this issue. This suggests that it is possible to monitor and record the communications of the defendant with the defense counsel or the suspect with a lawyer under the general conditions for the application of this measure (Article 161 of the CCP).

Final remarks

The right to privacy is one of the fundamental human rights. However, the revelation of modern types of crime (especially organized crime) requires the use of technical achievements that necessarily limit the privacy of the persons to whom these measures have been applied.

The normative expression of the special means of proof from Art. 161. Of the Code of Criminal Procedure is basically harmonized with the United Nations Convention against transnational organized crime. However, this does not mean that the "*legal coordinates*" in which this investigation can be carried out constitute an optimal institutional environment for increasing the effectiveness of criminal prosecutions or for protecting the privacy of the suspect. On the contrary, the forthcoming changes to the CCP need to regulate some issues that do not represent part of the positive regulation of this mean of proof, and the importance of regulating these issues is indicated by doctrine, case law and comparative law.

The legal solutions must reinforce the *subsidiary character* of the special means of proof, ie. the implementation of these measures should be approached only if the absence of these measures would result in disproportionate difficulties or a serious danger or other evidence would not determine the facts necessary for the revelation of serious forms of crime. This attitude was also taken up by the International Criminal Law Association at its 16th Congress²⁷ and it corresponds with advocating for a greater degree of protection of the privacy of the suspect.

The legality of privacy restriction by surveillance and recording of telephone and other communications will be taken into consideration if the forthcoming legislative changes through the explicit legal provision allowing the use of data about persons *involved in the criminal activity* of the suspect, obtained by supervision and recording of the suspect's communications. The person whose connections to the phone the suspect used, as well as persons who are transferring messages related to criminal acts from the "catalog", to or from suspect, must not stay out of reach of this measure. Theoretical criminal procedural law, as well as the legislation, should give clear answers to the possibility of using the results of special means of proof against persons protected by immunity, privileged witnesses and lawyers of the suspects.

The logic of the criminal procedure indicates that the final report on the conducted observer's communication of the suspect should be submitted to the *public prosecutor* because he is authorized to initiate a criminal proceeding (of course, if this arises from the results of this and other actions in the pre-trial procedure) rather than the preliminary procedure judge.

²⁷ See the text of the Resolution for the Third Section of the Congress, International Review of the Penal Law, 199, no. 3-4, p. 923.

A person who has been the subject of secret surveillance of communications, against whom criminal proceedings are not initiated within the legal deadline, must be informed that this special mean of proof has been taken against him. This must be the legal obligation of the prosecuting authorities, not just the legal possibility.

BIBLIOGRAPHY

- Amann v. Switzerland, App. no. 27798/95
- Banović, B, Korišćenje specijalnih sredstava za nadzor komunikacija u prekrivičnom i krivičnom postupku i ljudska prava (Use of special means for monitoring communications in pre-criminal and criminal proceedings and human rights), *Pravni život*, 2001, no. 9
- Bašić v. Croatia, App. no. 22251/13
- Dragojević v. Croatia, App. no. 68955/11
- Halford v. UK, App. no. 20605/92
- Huvig v. France, App. no. 11105/84
- Ilić, G, Odstupanje od nepovredivosti tajne pisma i drugih sredstava opštenja, (Deviation from the inviolability of secrecy of letters and other means of communication), *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2003, no.1
- Kalajdziev, G. Lazetic et al., *Komentar Zakonot na krivičnata postapka (Commentary on the Law on Criminal Procedure)*, Skopje, 2018
- Kennedy v. UK, App. no. 26839/05
- Kennedy v. UK, App. no. 26839/05
- Klass and Others v. Germany, App. no. 5029/71
- Krapac, D, PhD, *Engleski kazneni postupak (English Criminal Procedure)*, Zagreb, 1995
- Leander v. Sweden, App. no. 9428/81
- Liberty and Others v. the United Kingdom, App. no. 58243/00
- Ljudska prava u Evropi (Human Rights in Europe), *Pravni bilten*, Zemun, no. 6, 2000
- Prado Bugallo v. Spain, App. no. 58496/00
- Radulović, D, *Specijalne istražne radnje i valjanost dokaza pribavljenih preduzimanjem tih radnji u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore i opšteprihvaćeni pravni standardi (Special investigative actions and validity of evidence obtained in the criminal procedural legislation of Serbia and Montenegro and generally accepted legal standards)*, a report from XLI regular annual consultations of the Association for Criminal Law and Criminology of Serbia and Montenegro, Zlatibor, September 2004
- Roman Zakharov v. Russia, App. no. 47143/06
- Škulić, M, *Organizovani kriminalitet-Pojam i krivičnoprocesni aspekti (Organized Crime - Concept and criminal procedural aspects)*, Belgrade, 2003
- The Sunday Times v. The United Kingdom, App. no. 6538/74
- Valenzuela Contreras v. Spain, App. no. 27671/95
- Vasiljević, T, Grubač, M, *Komentar Zakona o krivičnom postupku (Commentary on the Criminal Procedure Code)*, Belgrade, 1987
- Weber and Saravia v. Germany, App. no. 54934/00

FROM OBSHCHINA TO PARTNERSHIP

Dormiunt aliquando leges, numquam moriuntur

Stanka Stjepanovic

Full Professor at the Law Faculty of the University of East Sarajevo

E-mail: zakonopravilo@yandex.com

Abstract

A Partnership Agreement hasn't been regulated yet in the Code of Obligations of the Republic of Serbia, nor of the Republic of Srpska. The decisions of the judicial practice are based on the provisions of the Civil Code for the Kingdom of Serbia, and they use them as legal rules. In the Pre-Draft of the new Civil Code of the Republic of Serbia this Agreement is regulated by the provisions of Articles 835-869. In this document, through a historical overview of the Partnership Agreement, with particular reference to its regulation in the Zakonopravilo (Nomokanon) of St. Sava, the author points out to the need to restore the original title of this Agreement. In its Code of Obligations, truly in the brackets, Macedonia also put the original title for this Partnership Agreement, calling it a *договор за заједница*. Returning to the resources can lead to better and more applicable regulations in court practice. And the other two great writers, Mihailo Konstantinović in the Drawings for the Code of Obligations and Contracts and Valtazar Bogišić in the General Property Law for Principality Montenegro, gave up from the name of the Partnership (*Ortakluk*) as the primary one. In terms of the form of this Agreement, the ZOO of Macedonia prescribes a written form, and the author criticizes that, starting from the general principle of the obligation right that the Agreements are not subject to any form, unless it is specified by law.

Keywords: *obshchina, partnership, society, association, simple association, community.*

INTRODUCTION

Societas, an institution of classical Roman law, which was studied in later centuries, after the collapse of the Western Roman Empire precisely thanks to Justinian's codex, for which was said to be one of the most important works in the history of European civilization and the most read, cited and commented book in the history of science. So far, in our legal science, the Zakonopravilo (Nomokanon) of St. Sava was poorly studied, it contained a part of this Justinian's codex, and the institution *Societas* of the Roman law itself, within the Civil Code, was incorporated into the Zakonopravilo under the name *obshchina (obščina)*.

The first known definition of the partnership (*ortakluk*), today this institution also known by this name, can be found in the Hamurabi Code. This Code defined the term in the following provision: „If a man gives money to another man in the name of a joint venture, the two of them will divide the profits or losses into equal parts before God.“¹

Under that title the Partnership Agreement also contained the Serbian Civil Code and the General Property Code for the Principality of Montenegro. The General Property Code in section 14 speaks about a *free association*, citing the name of the *partnership (ortakluk) for association*. In the Draft for the Code of Obligations and Contracts, Mihailo Konstantinović gave up from the name of the *partnership (ortakluk)* and in the section 9, under the name *economic association of citizens*, foresaw the regulation of the formation and cessation of the association, as well as the mutual relations of the *associates*. In the pre-draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, in the second book entitled Obligatory Relations, in the chapter number thirty, a Partnership Agreement was regulated by the provisions of Articles 835-863. In the Code of Obligations of Macedonia, the title of Chapter 16 is an agreement for the partnership (*ortakluk*), but in the brackets it is stated *договор за заједница*,² which is the closest to the original name of this type of Agreement, as it is named in the *Zakonopravilo*.

By analyzing the provisions of the above mentioned codes and laws, we will point out the correctness of the solutions contained in the *Zakonopravilo*, as well as the convenience of using the solutions contained in it today. Precisely the saying of Roman lawyers *Dormiunt aliquando leges, numquam moriuntur* (Law sometimes sleeps, but never dies), is confirmed in this case.

OBSHCINA IN THE ZAKONOPRAVILO OF ST. SAVA

Zakonopravilo of St. Sava is a collection of canonical and civil codes. St. Sava selected from the Byzantine collections what was the best for the state and the church, and with this legal transplant he created this extraordinary legal and ecclesiastical work. Thus, he became the originator of a unique codification of ecclesiastical and civil law, not only of the Serbian people, but also for other Slavic people. When in 1219, St. Sava brought the *Zakonopravilo* into the Serbian state; he left the original in the Archbishop's seat in Žiča monastery. Other copies were given in nine newly founded bishoprics: Ras, Hvosno, Toplica, Moravica, Dabar, Zeta, Hum, Budimlje and Prizren. Already during 1226, the Bulgarian Church and the state took over the *Zakonopravilo* and they were governed by it, and in 1262, the Bulgarian prince Svetislav sent the *Zakonopravilo* to the Russian metropolitan Cyril II to be governed by it, emphasizing that every empire should be governed by that book. At the Russian Parliament in Vladimir, in 1274, the *Zakonopravilo* was approved and since then it has become the Church and Civil Code in Russia, where it was named the *Kormčaja* book. As the church was equated with the boat, and the boat is controlled by the rudder, that's why this collection has got such a name.³

¹M. Višić, *The codes of ancient Mesopotamia*, Svjetlost Sarajevo, 1989, page 234.

²Code of Obligations, Official Gazette of the Republic of Macedonia, No. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009.

³*Sarajevo transcript of Zakonopravilo of St. Sava- Phototypes*, editors: Stanka Stjepanovic and Serafim Gligic, Dabar Dobrun, 2014, page XIX.

In the *Zakonopravilo*, St. Sava also introduced Prohiron under the name of City Law and in the 19th chapter, under the name of *obiščina* it is regulated the relationship between the *associates* in the association, and in the 20th chapter it is regulated the way of termination of the association.

It is envisaged that the association can be based for a certain period of time, from a certain period of time, due to gain, as well as living those who associate.⁴ In the agreement for the establishment of a society, it was not necessary to discuss anything about the withdrawal of a particular *associate* from the society, but depending on the nature of the association, a guilty was considered the one who gave up inappropriately.⁵ If at the time of establishment of the association it was known that in addition to the property belonging to the association there is something inherited or donated, the gain from it was also given for association necessities. If they have agreed to belong to the association, and even what someone receives as a fair inheritance it is not considered as belonging according to the legacy, but according to the law.⁶ An association could be established to acquire any property or just for the purpose of buying, or for one thing or more, and even among those who have different characteristics. It could be established by work, verbally or in writing.⁷ If the association is regular and in its name doesn't have goal, than it is considered that it was established due to the rich wealth and profit from the sale and purchase, renting and gentility. Profit is defined as the benefit that someone achieves.⁸ The association could cease by leaving the member, death of a member, impoverishment, and even if it was agreed that the association does not cease until the expiration of a certain period of time.⁹ It is interesting that in the provision of item eight questions are asked about what to do if the goal for which the association is founded is not realized, or if the *associate*¹⁰ is a violent, pest, or if there is no increase in property, and the association was established for the benefit. The next point does not immediately provide answer on that question, but the answer can be found in the following points. An associate who, because of his negligence cause something harmful to happen to the association, is being punished regardless the fact that his previous actions brought benefit to the association.¹¹

The possibility of separation from a member of the association is also foreseen, and if someone decides to use this right, then the amount that is acquired before the other associate is notified, is considered to belong to the association, while the eventual personal injury is suffered only by the associate who has left the association. In that case, all the gain belongs to that single (remaining) member of the association, as well as the general damage of the association. Debts arising during the duration of the association are settled from the property of the association. If before the payment of the debt one associate has already separated itself, than the common property should be divided, and regarding the payments they decide together. When the gold is brought into the property of association and the gold fails, it is considered

⁴Chapter 19, point 1., *Sarajevo transcript of Zakonopravilo of St. Sava- Phototypes*, Dabar Dobrun, 2014, 2746.

⁵*Ibid.*, point 2.

⁶*Ibid.*, point 4.

⁷*Ibid.*, point 5.

⁸*Ibid.*, point 7.

⁹*Ibid.*, point 8.

¹⁰According to the free translation of the author, the original is *обичник*

¹¹*Ibid.*, point 10.

that a loss has occurred in the property of the association, and not in the property of the person who originally brought the gold into the association. If the associate separates his own gold before he re-adds it to the association, and that gold fails, then only he suffers damage.¹² The Associate is responsible for the property of the association, regular expenses (public and other) and it is not allowed that one associate take away other associates' property.¹³

His own saying, "The case hurts the one whom hits", Valtazar Bogišić took as a model from the *Zakonopravilo* of St. Sava¹⁴. This influence is also visible from the liability for the case¹⁵. The Associate is not responsible for the case. As an example is the case when money is paid for the purchase of sheep, and the sheep is taken from a truncheon bandit, which represent a general damage. The difference is, if it is stolen from someone individually, then the damage is not borne only by the one from whom it was stolen. That associate, who has voluntarily agreed to keep the money, is obliged to keep it with increased attention. It is justified that the entire association bear the damage if the sheep were sent to graze by the decision of the association when the harmful event has occurred. The next case is also regulated, when the associate goes shopping exclusively for the purpose of association and the bandits who intercepted him take away his own gold or some other thing that he did not take for the purpose of specific purchase, in that case the part of the damage should be compensated to the associate, as well as the costs of treatment from the injuries sustained on that occasion. When it was not possible to transport the goods to a certain location other than by sea, and if the ship's sinking occurs and together with it the deterioration of the purchased goods, the situation will be treated in the same way as in the previous case¹⁶. Otherwise, the expenses that the associate has in connection with the purchase for the association, all should be borne by the association.¹⁷

If an associate sells its silver to association, then profit from sales enter into his personal property, because he does not do it on behalf of the company, but in his personal name from his personal property.¹⁸

If the brothers do not want to divide themselves after the death of their parents because they want to remain in the successor community, then the property of such an association does not include what is acquired beyond it.¹⁹

The rights of the associate who invested in the association more than others, if he does the reconstruction of the home of association, has the right to choose as follows: to take as much as he has spent, within four months from the completion of the reconstruction, or to have control over the income of the home, or to take over the home management after the expiration

¹²Ibid., point 12.

¹³Ibid., point 13.

¹⁴While Valtazar Bogišić was in Vienna, in 1862, Vatroslav Jagić transcribed the Ilovic transcript of the *Zakonopravilo* of St. Sava, which in that period was preserved at the JAZU (Yugoslav Academy of Science and Art), and sent him to Vienna.

¹⁵Ibid., point 14.

¹⁶Ibid., тачка 15.

¹⁷Ibid., тачка 18.

¹⁸Ibid., тачка 16.

¹⁹Ibid., тачка 17.

of four months since the completion of the reconstruction of the home is finished, and if he does not want to take over the home, to take some other income from the association. This right must be used within four months, and if after four months the choice is not made, then, according to the law itself, managing is given to the one who renewed it.²⁰

Particularly in the Chapter twenty it is discussed about the termination of the association. Association ceases in case of disappearance of person, property. Also, the consensual termination of the association was envisaged, with the will of the associates themselves. It is considered that a person is missing when it is sentenced to death, or when it is detained, and consequently the association is degraded. It is considered that the person is gone, also when everyone dies with common death (Comorians). The property of the association is gone if nothing of it is hasn't left, or if its purpose (goal) has been changed because it was given to the Church. If the property is abducted, it implies that it has disappeared. The cessation of the association by the will of the members itself occurs when they leave it or when each person begins to trade separately. Joint work (goal) can be changed by the court decision at the request of an individual or association. The termination of the association is possible even when a particular associate, by giving a statement before a court, gives up from his membership. If the association is established for the purpose of sale or for rent, after the death of an associate, the profits and damages belong to the association.

From the provisions on the establishment and the termination of the association could be seen the extent to which this agreement has been regulated in detail, with many elements of the Roman *societas*. Today, the provisions on liability for damages caused to a member of the association and to the association could be incorporated into our law.

PARTNERSHIP AGREEMENT IN THE SERBIAN CIVIL LAW

In the Civil Code of the Kingdom of Serbia, in paragraph 723, a Partnership Agreement has been defined, and it occurs when two or more persons agree to invest their efforts and things in order to share the obtained benefits.²¹ It is determined that the Agreement may refer to a particular matter or to a defined amount, or to a whole line of things, to all goods without difference, and that is precisely the basis for reasoning about the rights of the partners. It is also specified how one individual and insufficiently clear provision of the Agreement should be interpreted. Example, if it is stated that all the property of a particular partner should be entered, it refers to a present property, not the future. The exception would be if the Agreement explicitly states that it would be the future property, and even in that case it would not be possible to include what the individual partner inherits, but only what he obtains in another way. If a partner invests only his work in the partnership, based on the law he has right only to profit, not the main one.²²

²⁰Ibid., тачка 18.

²¹*Civil Code for the Kingdom of Serbia - Explained by the decisions of the Court of Cassation in Belgrade*, Belgrade, 1939., 288.

²²Ibid., paragraph 728.

Compulsory written form of the Agreement is not provided.²³

Partner is responsible for the damage he might cause with his guilt and cannot be replaced with the benefits he has earned for the partnership.²⁴

Representation of the partnership can be determined in the Agreement itself, and when the Agreement does not indicate who will represent the partnership (*ortakluk*), then it can be validly represented by each of the partners.²⁵

The Law also prescribes the way of sharing "benefits". Firstly, the invested stake are reject, then the costs and the damage suffered, and what is left is considered to be a gain. The gain is shared in proportion to the stakes, and "the main one" belongs to each person their own. The work is taken into the "consideration" for the partner who only gives work instead of the stake. If the partners cannot agree what would be the part of the one who invested only the work, if it was not already arranged in the Partnership Agreement, then the court shall decide regarding that. To each partner was allowed to check the accounts at any time.²⁶

The termination of a partnership may also be the case when it is contracted only for a particular job, and the job is terminated, then when all " partner's principal " have failed or the time period for which such a company was founded has expired. If the partnership (*ortakluk*) has only two people then it stops when one of them dies.²⁷

In addition to the withdrawal of the partners from the partnership, the possibility of excluding the partners from the partnership was also envisaged.²⁸

Courts in the Republic of Serbia today still judge according to the provisions of the Civil Code, since the RS Civil Code is still in the pre-draft form.²⁹ From the judgment of the Supreme Cassation Court of the Republic of Serbia, no. Rev 1039/2017 of 14 December 2017, it can be seen that it explicitly refers to the provisions of paragraphs 727, 736, and 739 of the Civil Code for the Kingdom of Serbia.³⁰

²³From the explanation of the judgment of the Supreme Court of Serbia, no. pRev.241 / 97, it appears that this court considers that the Partnership Agreement is not a formal contract, or that a written form is not required for its conclusion and validity. "General provisions of the Code of Obligations shall also apply to those contracts that are not regulated in this law, and therefore these provisions also apply to the Partnership Agreement. Accordingly, between the litigious parties, and considering the present situation in the first instance proceedings, a concluded Partnership Agreement is related to the joint management of catering shop, and if the loss of the catering shop was realized, then this loss has to be divided into all partners, and in proportion to each partner's contributions.

²⁴Decision of the court no. 3210 of April 1, 1924. States that a partner cannot be responsible for evasion until he the private legal relations between the partners are "clean". *Civil Code for the Kingdom of Serbia - Explained by the decisions of the Court of Cassation in Belgrade*, Belgrade, 1939,290

²⁵Decision of the Court of Cassation in Belgrade no. Rev 2205/37, of 1 March 1937, *ibid.*, 290.

²⁶*Ibid.*, paragraph 746, 291.

²⁷Decision of the Court of Cassation in Belgrade no. Rev 2033/37, of 16 February 1937., *ibid.*, 293.

²⁸*Ibid.*, Paragraph 755.

²⁹*Pre-draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, second book, Obligational relations, Belgrade A2009.*

³⁰It follows from the reasoning of the judgment: "It is therefore unfounded to invoke the revident to the provisions of Article 727 of the SGZ, which stipulates that what is invested in a joint venture constitutes the principal of the partnership (*ortakluk*) and belongs to all of them together. Referring to the provisions of Article 736

BUSINESS ASSOCIATION OF THE CITIZENS IN THE DRAWINGS FOR THE CODE OF OBLIGATIONS AND AGREEMENTS

In the drawings for the Code of Obligations and Contracts, Mihailo Konstantinović did not adopt the title *Partnership (ortakluk)* for this Agreement as the word of non-Slavic origin, but he rather took the word *association of the citizens*, by which he basically accepted the term from the General Property Code for Principality of Montenegro, in which the title *association* was used.³¹

For persons who have joined assets or work, it was used the term *associates*. In order to form an association, it was possible to contractually commit two or more persons to join certain funds or their work.

Article 595 foresees responsibility for legal and material defects of things that Associates have been transferred to the Association as their stake, according to the rules of responsibility of the seller, and if he handed over the thing to the association only for the use or enjoyment, then he will be responsible under the Lender's liability rules

Role model of M. Konstantinović for making the Drawing was the General Property Code and hence the simplicity of the expression in Drawings, and to Valtazar Bogišić the role model was the *Zakonopravilo* of St. Sava. In addition, the Drawing was influenced by *Code Civil*, as it could be seen in provision 598 which provides the nullity of *the lion's association*.³²

PARTNERSHIP AGREEMENT IN THE PRE-DRAFT OF THE CIVIL CODE OF SERBIA

The pre-draft of the Civil Code for the Republic of Serbia calls this community partnership (*ortakluk*). As Valtazar Bogišić himself, in explaining the terms used in the General Property Code, has noted that in a foreign language this type of association is called partnership (*ortakluk*), and in domestic society or association (*društvo ili družina*), we think it would be more convenient for the Civil Code of Serbia to use the term Association, as Mihailo Konstantinović did in his Drawings. In paragraph 2 of the envisaged Article 835, it is evident that the partnership (*ortakluk*) is defined as a community of persons and goods, without the status of a legal entity, which indicates that the name of the association would correspond

and 739 of the same law governing the distribution of profit are also unfounded, and the termination of the partnership is regulated by Article 756, and that all the elements envisaged by the partnership agreement are contained in a partnership relation that existed among the litigious parties“

³¹In Article 885 of the General Property Code, Valtazar Bogišić himself says that: "An association is the same thing what people usually call in a foreign language a partnership (*ortakluk*) or what people call in domestic language society or association. B. Bogišić, *General Property Code for Principality Montenegro*, CID Podgorica, 2004, 187.

³²An association agreement, by which to some associate it was taken the right to participate in the distribution of winnings, is invalidated. The same applies to the agreement by which an associate, whose stake is not exclusively in work, is free to take part in the loss reduction. M. Konstantinović, *Obligations and Contracts-Draft for the Code of Obligations and Contracts*, Belgrade, 2006, 214.

more, not only to the spirit of our nation and language, but also to the very concept of this agreement.

Basically, this contract, in the way it is regulated in the Pre-Draft, is very similar to the solutions envisaged by the Drawings.

Although Section 10 carries the title *division of joint property*, indicating that these are an undetermined stakes, however, Article 863 states that the provisions on the separation of the co-ownership community are applied accordingly to the sharing of common property. If the title of this section was a *community division*, then it could be considered that provisions on separation of the co-ownership community are applied to that community. Community and common property are not the same terms. What characterizes common property is the unspecified stake of the titular, in the co-ownership community the stakes are known and determined. If by the Agreement on the foundation of a partnership (associations, communities, societies, and companies) stakes are not defined, the valid assumption is that they are equal.

Speaking about the cessation of the partnership, in the provision of Article 858 of the Pre-Draft, item 3 foresees a cessation due to the cessation of joint property, which again indicates that the terms of common property and co-ownership property do not match, and that it is necessary harmonization, which nature based on the Pre-Draft of the Civil Code of Serbia has that property.

CONCLUSION

When two or more persons join in investing funds, either monetary or non-monetary, for the purpose of gaining profit, in a written or unwritten form, still in the Hamurby Code it was considered to be type of contract. Justinian's legislation took over from Roman law the regulation of this Agreement, and later on the Byzantine law regulated it in Prohiron. In the Zakonopravilo, under the name of Urban Law, St. Sava introduced Prohiron's provisions regulating this area. For this type of association, he used the term *obshchina* meaning an association. As a model for the compilation of his code, Valtazar Bogišić used the Zakonopravilo of St. Sava, which he studied in Vienna. He said that the *partnership (ortakluk)* is an foreign word, and that the *society or association (društvo ili družina)* is a local word, and therefore he used the term association (udruženje) in the OIZ. The Civil Code of the Kingdom of Serbia deviated from the original Slovenian name for this type of contract and introduced the foreign word "*ortakluk*". The provisions of the Drawings are not included in the Code of Obligations because after the constitutional changes in the Yugoslavia, this contract was to be regulated by the republican regulations. Some Republics has regulated this agreement in their Codes of obligations, as did Macedonia, which, along with the name of the partnership (ortakluk), put the name community. In the Pre-Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, it was taken over again the foreign word partnership (ortakluk).

Analyzing the provisions of the aforementioned codes and laws, it can be concluded that the correct source solutions for the name of this type of relationship between two or more

persons, are the ones given in the *Zakonopravilo*. Returning to original solutions does not only lead to the correct present, but also the correct and better future. The fact that a lot of time has passed since the adoption of some regulation and that it has not been applied for long period of time, does not mean that some of the good solutions contained therein should not be applied. The saying of Roman lawyer *Dormiunt aliquando leges, numquam moriuntur, numquam moriuntur* (The laws sometimes sleep, but they never die), is confirmed on this example.

LITERATURE

- Bogišić, B., *General Property Code for Principality Montenegro*, CID Podgorica, 2004.
- Civil Code for the Kingdom of Serbia - Explained by the decisions of the Court of Cassation in Belgrade*, Belgrade, 1939.
- Code of Obligations, Official Gazette of the Republic of Macedonia, No. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009.
- Konstaninović, M., *Obligations and Contracts- Draft for the Code of Obligations and Contracts*, Belgrade, 2006, 214.
- Pre-draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, second book, Obligational relations, Belgrade A2009*.
- Sarajevo transcript of Zakonopravilo of St. Sava- Phototypes*, editors: Stanka Stjepanovic and Serafim Gligic, Dabar Dobrun, 2014.
- Višić, M., *The codes of ancient Mesopotamia*, Svjetlost Sarajevo, 1989.

КРИВИЧНО ПРАВНА ЗАШТИТА НА ТРГОВСКИТЕ ТАЈНИ: ОСВРТ НА РЕШЕНИЈАТА СОДРЖАНИ ВО ЗАКОНОДАВСТВОТО НА СОЕДИНЕТИТЕ АМЕРИКАНСКИ ДРЖАВИ

Сузана Нашкова

PhD кандидат на Правен факултет CALE UTAS

Апстракт

Современото општество се карактеризира со доминација на таканаречените "knowledge-based", односно економии базирани на интелектуален наместо на физички капитал. Во таквите економии поседувањето и употребата на трговските тајни од страна на компаниите се покажа како еден од најважните аспекти преку кои тие ја постигнуваат компетитивната предност. Токму затоа и не е за изненадување што бројот на компаниите кои се одлучуваат да ги заштитат нивните права од интелектуална сопственост со трговски тајни е во постојан пораст. Оттука, делува зачудувачки што до неодамна во повеќето правни системи низ светот не постојеја посебни граѓанско или кривично правни механизми кои би пружале ефективна заштита во случаите на противправно стекнување на трговските тајни. Ефектот кој бесправното стекнување на трговските тајни го има врз бизнисите и процесот на иновации во целина може во одредени случаи да биде и катастрофален, па затоа прашањата во врска со неговата превенција и сузбивање бара дополнително внимание во рамките на теоретските расправи. Од тие причини, овој труд се фокусира на делумна анализа на некои од овие прашања од аспект на случаите кога станува збор за бесправно стекнување на трговските тајни кое може да се квалификува како кривично дело. Извршената анализа ги следи решенијата содржани во законодавството во Соединетите Американски Држави (САД), како еден од ретките правни системи во кој постои посебен правен инструмент, односно Законот за економска шпионажа (ЗЕШ) кој беше донесен во 1996, кој содржи казнени одредби кои го регулираат бесправното стекнување на трговските тајни. Имено, ЗЕШ содржи посебни одредби за санкционирање на случаите кога трговските тајни се прибавени за стекнување на лична или имотна корист во полза на трето лице. Одредбите на овој закон се покажаа како доста полезни затоа што како прво овозможија полесно справување со случаите на бесправно стекнување на трговските тајни, но во исто време делуваат и превентивно на идните сторители при одвраќање од намерата за сторување на овие дела.

Клучни зборови: *Трговска тајна; Економска Шпионажа; Закон за економска шпионажа (ЗЕШ)*

CRIMINAL LAW PROTECTION OF TRADE SECRETS: AN ANALYSIS OF THE SOLUTIONS CONTAINED WITHIN THE UNITED STATES LEGISLATION

Suzana Nashkova

LL.M (Bus. Law) LL.M (Int. and Eur. Pub. and Priv. Law)

PhD Candidate, Faculty of Law, CALE, UTAS

Email: suzana.nashkova@gmail.com

Abstract

The modern society is characterized by the domination of the so-called "knowledge-based", i.e. economies whose functioning is based primarily on intellectual capital, rather than on physical assets. In such economies the possession and application of trade secrets has proven to be one of the most important aspects that contribute towards achieving competitive advantage. It is, therefore, not surprising that the number of companies that decide to protect their intellectual property rights with trade secrets is ever-increasing. What on a contrary appears as striking is that up until recently there were no specific civil or criminal legal mechanisms able to provide adequate protection in the cases of unlawful acquisition of the trade secrets. The effect that the unlawful acquisition of these assets has on the businesses and the process of innovation in general, can on occasion be detrimental, thus the questions related to its prevention and suppression require additional attention within the theoretical studies. Hence, this paper focuses on a partial analysis of some of these issues in terms of cases when the unlawful acquisition of trade secrets can be qualified as a criminal offense. The conducted analysis follows the solutions contained within the legislation in the United States (US) as one of the rare legal systems in which there is a special criminal-legal instrument, namely the Economic Espionage Act (EEA), which was enacted in 1996. The Act contains special provisions for sanctioning the cases where the trade secrets were acquired for gaining a personal or benefit for a third person. The enactment of such provisions largely contributes towards diminishing the legal uncertainty in resolving the cases brought to prosecution, but at the same time decreases their number as the severe penalties are usually (even-though not always) able to deter the subjects from their intention to commit such crimes.

1. Вовед

Во современото општество во кои доминираат таканаречените "knowledge-based", односно економии базирани на интелектуален наместо на физички капитал, поседувањето и употребата на трговските (деловните) тајни е еден од најважните аспекти кои ја поттикнуваат иновативноста¹ и придонесуваат за постигнување на

¹Coleman R. C., Assistant Director, Counterintelligence Division Federal Bureau of Investigation Statement Before the Senate Judiciary Committee, Subcommittee on Crime and Terrorism, Washington, D.C. May

технолошката предност.² Отсуството на скапата и долга процедура за регистрација, не лимитираниот период на заштита, се само едни од карактеристиките ги прават лесно прифатливи за компаниите и допринесуваат за претходно споменатото.³ Токму затоа и не е за изненадување што во Соединетите Американски Држави (САД) како една од индустриски најразвиените земји, трговските тајни се еден од најдоминантните⁴ механизми за заштита на правата од интелектуална сопственост. Процентот на застапеност на трговските тајни е во постојан пораст,⁵ а само во 2012 изнесувал околу 2/3 или 70-80% од деловните портфолија на компаниите,⁶ со потенцијална вредност од речиси 5 трилиони долари.⁷

Без оглед на фактот дека трендот на употребата на трговските тајни бележи постојан пораст, неодамнешните истражувања го илустрираат фактот дека компаниите се сепак значително воздржани и не секогаш лесно се решаваат да прибегнат кон нивна употреба. Главната причина за ваквата состојба произлегува од недоволното ниво, односно нискиот праг на правна заштита на трговските тајни што ги прави особено ранливи на бесправно стекнување.⁸ Ефектот кој бесправното стекнување на трговските тајни го има врз бизнисите и процесот на иновации во целина може во одредени случаи да биде и катастрофален, па затоа прашањата во врска со неговата превенција и сузбивање бара дополнително внимание во рамките на теоретските расправи. Токму затоа и овој труд се фокусира на делумна анализа на некои од овие прашања преку евалуација на состојбата на кривично правната заштита во САД како еден од ретките правни системи кои имаат посебен правен инструмент за справување со противправното стекнување на трговските тајни. За таа цел во рамки на трудот најпрвин е направена анализа на ова противправно дело како и некои од факторите кои влијаат

13, 2014, <https://www.fbi.gov/news/testimony/combating-economic-espionage-and-trade-secret-theft>, пристап до линкот Јуни 1, 2019.

² Fischer J. M., 'An Analysis of the Economic Espionage Act of 1996' (2001) 25 *Seton Hall Legis. J.* p. 243.

³ Спротивно на тоа патентната заштита вклучува регистрациона постапка која е долга и скапа и во која е ограничена на најмногу 20 години .

⁴ Во прилог на претходното тврдење се и статистиките од студијата спроведена од Националната научна фондација на САД во која е извршена анализа на доминантните облици на заштита на интелектуалните права (ИП) од страна на американските компаниите. Добените податоци откриваат дека трговските тајни се доминантен облик на заштита на ИП во 45% од случаите, во споредба со трговските марки кои биле избрани во 33% од случаите или иновативните патенти во 26%, дизајн-патентите во 15% и авторски права во 25%. Види: Табела 1 фигура 2, во однос на извештаите добиени од компаниите во однос на видот на користени ИП. National Science Foundation, 'Business Use of Intellectual Property Protection Documented in NSF Survey' (2012), available at <https://www.nsf.gov/statistics/infbrief/nsf12307/nsf12307.pdf> *op. cit.* note 6, p. 2 и p. 5 соодветно, пристап до линкот Јуни 10, 2019.

⁵ Science Foundation, 'Business Use of Intellectual Property Protection Documented in NSF Survey' (2012), <http://www.nsf.gov/statistics/infbrief/nsf12307/>, пристап до линкот Јуни 10, 2019.

⁶ US Chamber, The Case For Enhanced Protection of Trade Secrets in the TPP Agreement, https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/international/files/Final%20TPP%20Trade%20Secrets%208_0.pdf, пристап до линкот Јуни 14, 2019 Види исто: William M. Fitzpatrick and Samuel A. Dilullo, 'Protecting Trade Secrets: Legal Challenges and Liabilities for Organizations' (2017) 15(1) *Competition Forum*; Indiana, p. 216.

⁷ Ibid.

⁸ Cardillo A., 'Another Bite at the Apple for Trade Secret Protection: Why Stronger Federal Laws Are Needed to Protect a Corporation's Most Valuable Property' (2016) (10)2 *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, p. 580.

негова недоволна пријавеност. Понатамошниот дел на трудот опфаќа анализа на законскиот акт односно Законот за економска шпионажа (ЗЕШ) кој беше донесен во САД во 1996,⁹ а кој содржи посебни одредби за санкционирање на противзаконското стекнување на трговските тајни кога истите се прибавени за стекнување на лична или имотна корист во полза на трето лице. Извршената анализа има за цел да укаже на придобивките од постоењето на посебни одредби од кривично правен карактер кои се во можност не само да ги санкционираат туку пред сè, да делуваат превентивно и да ги одвратат субјектите од намерата за против правно присвојување на трговски тајни и на тој начин најдиректно да ги заштитат интересите на нивните сопственици.

2. Што е мисапроприација на трговска тајна и кои се дел од потешкотиите за поведување на кривична постапка за нејзино санкционирање?

Како што беше претходно напоменато, употребата на трговските тајни повлекува со себе и можност односно ризик за нивно противправно стекнување т.е. мисапроприација.¹⁰ Неодамнешните студии кои ги анализираат овие практики укажуваат на негативниот тренд на нивен пораст потенцирајќи го фактот дека нивниот процент е зголемен како од територијален така и од аспект на индустриските сектори кои се опфатени.¹¹ Она што е навистина шокантно е обемот на штетата која американските компании ја претрпуваат на годишно ниво, како и фактот што во голем дел од случаите ваквите случаи ретко добиваат судска завршница. За таа цел во следната во секција ќе направиме анализа на квалификационите елементи на ова противправно дело, а воедно и ќе се осврнеме на дел од причините кои водат до негово недоволно пријавување.

2.1 Дефинирање на противправното дело - мисапроприација на трговска тајна

Во теоријата и законодавството на повеќето држави не постојат посебни законски одредби што го дефинираат противправното стекнување на трговската тајна, меѓутоа општо прифатено е дека станува збор за такво доколку истото е извршено од страна на лице кое знае или има причина да знае дека трговската тајна е стекната со несоодветни средства и дека нејзиното откривање ќе му нанесе штета на сопственикот. Законодавството во САД е едно од ретките кое содржи посебна дефиниција со кое се дефинира оваа дело под генералниот термин мисапроприација.¹² Според Глава 18, секција 1839 член 5 од Американскиот Кодекс, (18 U.S. Code S 1839(5)) станува збор за мисапроприација "проневера" на трговска тајна во случаите кога се работи за:

⁹ Донесувањето на Законот за (заштита од) економска шпионажа (ЗЕШ), Economic Espionage Act (EEA), Public Law No: 104-294, кој стапи во сила на 11ти Октомври, 1996.

¹⁰ Види повеќе за ова дело и терминологијата која авторот ја употребува во следната секција 2.1.

¹¹ McAfee, 'The Economic Impact of Cybercrime and Cyber Espionage,' July 2013, https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/publication/60396rpt_cybercrime-cost_0713_ph4_0.pdf, пристап до линкот, Јуни 10, 2019.

¹² Со цел да остане доследен на терминологијата на ЗЕШ, авторот на трудот го користи буквалниот превод на овој термин од англиски на македонски, односно – мисапроприација (misappropriation).

"(А) стекнување на нечија трговска тајна од страна на лице кое знае или има причина да знае дека трговската тајна е стекната со несоодветни средства; или

(Б) откривање или употреба на нечија трговска тајна без изрична или имплицитна согласност од лице кое:

- (i) користело несоодветни средства за стекнување сознанија за трговската тајна;
- (ii) во времето на откривање или употреба, знаело или имало причина да знае дека содржината на трговската тајна била:

(I) добиена од или преку лице кое користело несоодветни средства за стекнување на трговска тајна;

(II) стекната под околности кои наметнуваат обврска за зачувување на тајниот карактер на трговската тајна или ограничување на нејзината употребата; или

(III) произлегува од или преку лице кое е обврзано кон лицето кое бара надомест да го чува тајниот карактер на трговската тајна или да ја ограничи употребата на истата; или

- (iii) пред материјална промена на позицијата на лицето, знаело или имало причина да знае дека,

(I) трговската тајна била трговска тајна; и

(II) содржината на трговската тајна била стекната случајно или грешка;"¹³

САД се одлучија за донесување на посебен закон земајќи ги во предвид огромните штети кои компаниите ги претрпуваа како резултат на отсуството на кривично правен механизам кој би ги одвратил сторителите од сторување на ова дело. Само во САД, мисапропријацијата била причина за загуби од повеќе од 300 милијарди долари на годишно ниво, што е еднакво на 1-3% од вкупниот БДП.¹⁴ Сепак, се претпоставува дека ова е само груба проценка, бидејќи реалните броеви се најверојатно многу повисоки, но сепак, тешко можат да се утврдат знаејќи дека мисапропријацијата на трговските тајни е недоволно пријавена од страна на компаниите или поединците,¹⁵ земајќи ги во предвид потешкотиите во иницирањето на истата. Факторите кои влијаат на таквата состојба се многубројни и се тесно поврзани со природата на трговските тајни а најчесто се од законодавен, процедурален и финансиски карактер.

¹³ Текстот на одредбата е слободен превод на авторот на трудот. За поголема прецизност види: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1839>, пристап до линкот Јуни 10, 2019.

¹⁴ The Office of the Intellectual Property Enforcement Coordinator - OIPEC (Executive Office of the President), The U.S. Interagency Strategic Planning Committees on IP Enforcement, Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement (FY 2017-2019), насловен 'Supporting Innovation, Creativity & Enterprise: Charting A Path Ahead', достапно на: <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/IPEC/2016jointstrategicplan.pdf>, пристап до линкот Јуни 7, 2019.

¹⁵ Economic Espionage Act of 1996: Hearing on H.R. 3723 before the Subcommittee on Crime of the Committee on the Judiciary, 104 Cong. 4 (1996). Изјава на Почесниот Louis J. Freeh, Директор на ФБИ, трговските тајни американските компании биле таргетирани од групи и организации од 23 држави. <https://www.congress.gov/congressional-report/104th-congress/house-report/788/1?overview=closed> пристап до линкот Јуни 7, 2019.

2.2 Пречки при иницирање на кривична постапка за санкционирање на мисапропријацијата (проневерата) на трговските тајни

Една од првите пречки при иницирање на кривична постапка произлегува од нематеријалната природа на трговските тајни. Ваквата природа создава пречки при добивање доказ за поведување на истрага за наводна мисапропријацијата затоа што не е секогаш лесно да докаже кражба на нешто што физички не постои. Меѓутоа, до неодамна, дури и во случаите кога постоеја докази, поведувањето на постапка беше отежнато поради несоодветноста на постоечките кривични закони¹⁶ како и отсуството на федерален закон.¹⁷ Сè до донесувањето на ЗЕШ во 1996, општото кривично право се покажа како неефективно во справување во ваквите случаи затоа што законските одредби кои ја регулираа кражбата на имотните ствари не секогаш беа еднакво применливи на кражбата на бестелесни ствари односно информации.¹⁸ Судовите, најчесто беа ставени во позиција да се справат со случаите на мисапропријација на трговските тајни со адаптирање на застарените и несоодветни кривични закони на модерните потреби.¹⁹ Проблематични во справувањето на случаите на мисапропријација на трговските тајни се покажаа и разликите во одредбите на поединечните држави, односно отсуството на федерален закон кој би придонел за унификација на одредбите за регулирање на кривично правната заштита.

Дополнително, висината на кривичните и парничните казни што беа востановени со овие статuti се покажа понекогаш недоволна за да ги одврати потенцијалните сторители од штетните активности, бидејќи за голем дел од нив изречените казни претставуваат еден вид на "трошок за водење бизнис."²⁰ Спротивно на тоа овие активности, за сопственикот на бесправно стекнатата трговска тајна, може да имаат значителен штетен ефект и да предизвикаат не само директна економска штета,²¹ или штета на "губење на бенефитите од употребата на доброто засегнато од делото", туку и најчесто може да доведе и до загуба и на целиот бизнис.²²

Еден од факторите кои го замаглуваат реалниот процент на штета која претпријатијата ја претрпуваат како резултат на мисапропријацијата и влијаат на недоволниот процент на нејзина пријавеност е и фактот што субјектите не се ни свесни дека биле предмет на проневера. Зголемувањето на бројот на дигитални уреди и зголемената мобилност на

¹⁶ На пример, National Stolen Property Act, 18 U.S.C. S 2314 и Economic Espionage Act од 1996, 18 U.S.C. § 1832 пред измените во 2012.

¹⁷ Krotoski M. L., 'Common Issues and Challenges in Prosecuting Trade Secret and Economic Espionage Act Cases' *Economic Espionage and Trade Secrets - The United States Attorneys' Bulletin*, p. 4.

¹⁸ van Caenegem W., *Trade Secrets and Intellectual Property Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition* (Kluwer Law International, 2014) 119; Krotoski M. L., *op. cit.* note 17, p. 3.

¹⁹ Fischer J. M., *op. cit.* note 2, 270.

²⁰ Andrukonis L., Damato S., and Wilson R., 'Intellectual Property Crimes', (2016) 53 *Am. Crim. L. Rev.* p. 1460; Krotoski M. L., *op. cit.* note 17, p. 3.

²¹ The OIPEC *op. cit.* note 14, p. 21; Cardillo A., *op. cit.* note 8, p. 583.

²² На пример, *Interactive Television Technologies Corporation* претрпе штета од кражбата на трговските тајни страна на вработен во компанијата во висина од околу 250 милиони долари, што придонесе компанијата остана без можност за натамошно водење на бизнисот, види: Swartz Jon., *Modern Thieves Prefer Computers to Guns/Online Crime Is Seldom Reported, Hard to Detect*, S.F. GATE, <https://www.sfgate.com/news/article/Modern-Thieves-Prefer-Computers-to-Guns-Online-2848175.php>, пристап до линкот Јуни 14, 2019.

работната сила се дел од причините кои имаат значителен удел во тоа.²³ Имено, технолошкиот напредок ги подобри начините преку кои потенцијалните "сторители" можат да пристапат до средствата на компанијата, да спроведат сајбер-упад и да стекнат дел од или целата трговска тајна без да остават траги од нивната незаконска активност. Лесниот начин за добивање на бараните информации преку сајбер-упад, го зголеми бројот на обвиненија за наводна мисапропријација во САД за речиси 60% за периодот од 2009 до 2013 година.²⁴ Освен сајбер-криминалот, една од најголемите закани во врска со безбедноста на трговските тајни се вработените, или вработените кои заминуваат од компаниите. Не ретки се случаите на вработени кои се инфилтрираат во компаниите со единствена цел да стекнат информации поврзани со трговските тајни. По добивањето на потребните информации, тие ја напуштаат својата работна позиција земајќи ги со нив "намерно" или "не" дел од тие информации а се со цел за да ги применат лично или како предност за да им помогнат на своите нови работодавачи да ги развијат конкурентските производи (особено доколку станува збор а конкурент кој работи во иста сфера на дејност).²⁵

Конечно, некои од факторите кои влијаат на нереалните показатели за ефектот кој мисапропријацијата и нејзиното недоволно пријавување се во корелација со големината на претпријатијата. Повеќето мали и средни претпријатија, кои најчесто се потпираат на трговските тајни, не се во позиција да поведат судска постапка поради високите трошоци за нејзино иницирање. Она што дополнително може да ги одврати од намерата за гонење се особено случаите кога кражбата, е на пример, извршена од голема корпорација. Знаејќи дека не се доволно финансиски моќни да се вклучат во битка со армијата на корпоративни адвокати, е најчесто доволен да ги одврати од таквата иницијатива. Додека голем дел од овие предизвици остануваат нерешени, она што го носи оптимизам (како што е очигледно од следниот дел) е дека беа преземени и постојат иницијативи за нивно решавање.

3. Иницијативи за подобрување на мерките за заштита на трговските тајни

Со цел да се справат со предизвиците околу заштитата на трговските тајни регулаторните тела на САД презедоа неколку активности. Како прво, тие донесоа и ги изменија кривични закони кои конкретно ќе ја регулираат заштитата на трговските тајни.²⁶ Паралелно на тоа преземаа и неколку иницијативи кои имаат превентивен карактер, односно придонесуваат за разоткривање на акциите кои се во подготовка и се

²³ 'Компанијата може и да не е состојба да знае дека повеќе нема контрола врз таа информација', слободен превод од: McAfee, *op. cit.* note, 11, p. 6.

²⁴ Бројот на судски постапки е во постојан пораст. Само во периодот од 1988-2017 се зголемил за шест пати, види: Almeling David S., *Four Reasons to Enact a Federal Trade Secrets Act*, (2009) 19 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* p. 787. Некој од неодамнешните судски случаи во кои предмет беа кражбите на трговските тајни како резултат на сајбер-криминал: *United States v. Jin*, Case No. CR 04 20216-JF, 1(h), (k) (N.D. Ill. Dec. 9, 2008); *United States v. Pani*, Case No 4:08-CR-40034-FDS, 11-12 (D. Mass. Nov. 5, 2008); *United States v. Cotton*, Case No. CR S-08-0042-EJG (E.D. Cal. Feb. 29, 2008).

²⁵ Kuntz R. L., 'How Not to Catch a Thief: Why the Economic Espionage Act Fails to Protect American Trade Secrets', (2013) 28 *Berkeley Tech. L.J.* p. 903.

²⁶ На пример Законот за економска шпионажа (ЗЕШ), *op. cit.* note, 9.

насочени кон бесправно стекнување на трговските тајни, а имаат за цел да ги одвратат сторителите од таквата намера.

3.1 Донесувањето на ЗЕШ

Една од главните иницијативи која беше преземена од страна на американскиот Конгрес со цел да ги одврати потенцијалните крадци од можноста бесправно да ги стекнат трговските тајни беше донесувањето на Законот за економска шпионажа од 1996 година. Законот ја измени Глава 18 од Кодексот на САД со додавање на ново поглавје 90, насловено: *Заштита на трговските тајни*.²⁷

Главната цел на овој закон е да се заштити и промовира националната и економската сигурност²⁸ преку криминализација на миспропријацијата на трговските тајни²⁹ во случаи кога делото било сторено за прибавување на корист на странска влада (економска шпионажа) или лична корист (кражба).³⁰ Иако Конгресот на САД беше значително загрижен за мисапропријацијата на трговските тајни на домашно ниво, законодавната историја зад донесувањето на ЗЕШ покажа дека сепак главниот мотив за донесување на Актот беше обидот да се "заузда растечката опасност" од мисапропријацијата на трговските тајни предизвикана од странските влади - економска шпионажа.³¹

Импликациите на овие две ситуации беа разгледани и опфатени со посебни нацрт-закони. Првиот предлог-закон кој беше воведен во Конгресот, S 1557 беше дизајниран да ја регулира и казни економската шпионажа од страна на странски влади или оние кои делуваат во нивно име.³² Вториот нацрт-закон, S 1556, имаше за цел да пружа заштита од економска шпионажа извршена од домашни и странски невладини организации и поединци. Одредбите на овие предлог законите S 1557 и S 1556 подоцна послужија како основа за обликување на S 1831 и S 1832 на ЗЕШ, соодветно.

Од неговото донесување во 1996, ЗЕШ беше изменет два пати во 2012 година.³³ Целта на измените беше да се зголемат казните за прекршителите на S 1831 и S 1832. Дополнителна измена беше извршена во 2016 кога ЗЕШ беше дополнет со Законот за заштита на трговските тајни (The Defend Trade Secrets Act),³⁴ а со цел да се обезбеди основа за поднесување на тужба во парнична постапка за наводна мисапропријација на трговските тајни на федерално ниво.³⁵

3.2. Дополнителни иницијативи за подобрување на заштитата на трговските тајни

²⁷ Fischer J. M., *op. cit.* note, 2, p. 256.

²⁸ Krotoski M. L., *op. cit.* note, 17, p. 4.

²⁹ Coleman R. C., *op. cit.* note, 1.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Kuntz Robin L., *op. cit.* note, 25, 901. Види исто: Hearing on H.R. 3723, *op. cit.* note, 15.

³² Jager M. F., Trade Secrets Law § 4:5, Criminal sanctions—Economic Espionage Act of 1996 според измените од 2012–2013, Глава 4. The Initial Issues Presented by Trade Secret Litigation II. Economic Espionage Act (2017), p. 1.

³³ The Foreign and Economic Espionage Penalty Enhancement Act (FEEPEA), стапи во сила на 14 Јануари 2012, како и the Theft of Trade Secrets Clarification Act (TTSCA), стапи во сила на 28 Декември 2012.

³⁴ The Defend Trade Secrets Act of 2016 (DTSA) (Pub.L. 114–153, 130 Stat. 376), стапи во сила на 11 Мај, 2016.

³⁵ Jager M. F., *op. cit.* note 32, p. 1.

Покрај законодавните активности, регулативните тела во САД преземаа уште неколку иницијативи сè со цел да обезбедат поефикасни механизми за заштита на трговските тајни. Примерите вклучуваат: изработка на Заеднички стратешки план за заштита на интелектуалната сопственост;³⁶ Стратегија за "ублажување" на кражбата на трговските тајни на САД;³⁷ создавање на работна група за интелектуална сопственост од страна на Министерството за правда (МП);³⁸ Воспоставување на операционата Мрежа Рајдер - домашна и меѓународна иницијатива насочени кон разоткривање на фалсификуван хардвер со потекло од Кина.³⁹ Освен тоа, еден од приоритетите на Федералното Биро за Истрага (ФБИ) е токму истрагата поврзана со противправното стекнување на трговските тајни. За истото сведочи и фактот што Бирото ја рангираше важноста на оваа активност како еден од главните приоритети, ставајќи ја втора на листата веднаш зад истражните дејности поврзани со разоткривање и спречување на терористичките напади. И покрај преземените иницијативи, моменталниот став е дека овие активности сеуште не успеваат да ја постигнат целта за заштита на највредните американски ресурси.⁴⁰ ЗЕШ се покажа несоодветен за заштита на трговски тајни во светло на појавата немилосрдната глобална конкуренција и зголемената употреба на компјутери и интернетот како еден од најлесните начини за пренесување на украдените информации.⁴¹ Иако дебатата во овој контекст е ограничена, таа сè уште е во тек и се надеваме дека ќе создаде некои корисни упатства за законодавецот за понатамошна активност за подобрување на ситуацијата

3.3 Применливост и опфат на ЗЕШ

Законот за економска шпионажа е дизајниран да ги заштити трговските тајни во сопственост не само на домашни туку и на странски компании со седиште во САД.⁴² Таквата природа овозможува Актот да биде применлив против секое лице кое имајќи намера или знаејќи дека актот ќе му нанесе штета на сопственик на трговската тајна, ја прибавило истата во корист на трети лица, било да се тоа странски влади или нивните агенти - S 1831 или за лична корист – S 1832. Според дефиницијата за трговските тајни содржани во ЗЕШ,⁴³ кражбата на трговските тајни не е ограничена само на формули, обрасци или компилации (како што е случајот со дефиницијата содржана во UTSA) туку вклучува и компјутерски програми и кодови, без оглед дали се материјални или нематеријални. Имено, според ЗЕШ:

³⁶ Види: OIPEC, *op. cit.* note 14.

³⁷ Administration Strategy on Mitigating the Theft of U.S. Trade Secrets, February (2013), види: <https://www.justice.gov/criminal-ccips/file/938321/download>, пристап до линкот Јуни 11, 2019.

³⁸ Работната група дејствува во колаборација со Националниот Координатор за заштита на Интелектуалната Сопственост (the U.S. Intellectual Property Enforcement Coordinator (IPEC)), и е лоцирана во извршната канцеларија на Претседателот на САД. Во февруари 2013, IPEC ја објави претходно споменатата "Стратегија за 'ублажување' на кражбата на трговските тајни."

³⁹ Phillips E. T.; Goldnick Z.; Inledon C.; Belmonte C.; 'Intellectual Property Crimes,' (2015) 52 *Am. Crim. L. Rev.* p. 1292.

⁴⁰ Capellupo L., 'The Need for Modernization of the Economic Espionage Act of 1996', (2015) 15 *J. Int'l Bus. & L.* 59, 84-85.

⁴¹ Jager M. F., *op. cit.* note 32, p. 1.

⁴² Seaman C., 'The Case Against Federalizing Trade Secrecy' (2015) 101, *Virginia Law Review*, p. 332.

⁴³ 18 U.S. Code S 1839(3).

"терминот "трговска тајна" ги опфаќа сите форми и видови на финансиски, деловни, научни, технички, економски или инженерски информации, вклучувајќи модели, планови, компилации, програмски уреди, формули, дизајни, прототипови, методи, техники, програми или кодови, без разлика дали се материјални или нематеријални, и дали или како се складирани, компилирани или меморирани физички, електронски, графички, фотографски или во писмена форма..."⁴⁴

Сепак, обемот на заштита на трговските тајни не е потполно неограничен. Додека ЗЕШ е применлив на информациите што се украдени во електронска форма, не содржи прецизни одредби кои наметнуваат ограничувања во однос на или се меморираните информации т.е. преносот на општото знаење или вештини стекнати во текот на вработувањето и можноста за нивна натамошна употреба од страна на вработените кои ја напуштаат компанијата во која го стекнале тоа знаење.⁴⁵ Покрај тоа, паралелниот/независен развој (*reverse engineering*) на истите информации од страна на две или повеќе лица⁴⁶ е исто така се надвор од опсегот на Законот. Ако некој законски добил пристап до трговска тајна и може да го реплицира без да се наруши авторското право, патентот или овој закон, тогаш таа употреба треба да биде дозволена.⁴⁷

3.3.1 Применливоста на S 1831 од ЗЕШ

Секција 1831 од ЗЕШ ги санкционира случаите во кои трговската тајна е украдена во корист на странска влада, странска агенција или странски застапник (економска шпионажа).⁴⁸ Противправната акција опфаќа: кражба,⁴⁹ неовластено дуплирање,⁵⁰ трговија или посредување со украдени трговски тајни⁵¹ обид за кражба,⁵² како и заговор за вклучување во активности кои ја поддржуваат кражбата, нелегалната употреба или дистрибуцијата на трговски тајни.⁵³ Имплементацијата на оваа одредба произлезе како резултат на тоа што дел од странските влади беа особено заинтересирани за кражбата на трговските тајни од американските компании, потпирајќи се на економската шпионажа како побрз и поекономичен начин за стекнување на конкурентност на пазарот, во споредба со оној кој вклучува инвестирање во сопствени програми за истражување и развој. Техниките што се развиле се разликуваат по својата природа, но може да вклучуваат: "таргетирање и регрутирање на инсајдери, стекнување на доверливи информации преку нудење на поткуп, сајбер-упади, кражба, како и

⁴⁴ Глава 18, секција 1839 член 3 од Американскиот Кодекс. Обемот на оваа дефиниција беше проширен во 2012 со донесување на FEEPEA, *op. cit.* note 33.

⁴⁵ 18 U.S.C. S 1839(3).

⁴⁶ Види повеќе: *Moore v Kulicke & Soffa Indus.*, 318 F.3d 561, 572 (3d Cir. 2003); *Penalty Kick Mgmt. v. Coca Cola Co.*, 318 F.3d 1284, 1296 (11th Cir. 2003); *Glaxo Inc. v. Novopharm Ltd.*, 931 E Supp. 1280, 1304-05 (E.D.N.C. 1996).

⁴⁷ Jager M. F., *op. cit.* note 32, 2.

⁴⁸ 18 USC S 1831(a).

⁴⁹ 18 USC S 1831(a)(1).

⁵⁰ 18 USC S 1831(a)(2).

⁵¹ 18 USC S 1831(a)(3).

⁵² 18 USC S1831(a)(4).

⁵³ 18 USC S1831(a)(5).

заеднички вложувања со американските компании."⁵⁴ Според §1831, обвинителот мора да покаже дека обвинетиот имал намера или знаел дека информациите кои ги поседува се деловна тајна и дека неговите постапки ќе и помогнат на странската влада,⁵⁵ но истовремено не е обврзан да докаже дека странската влада добила вистинска корист од стекнатата трговска тајна.⁵⁶ Сепак, основниот услов за започнување на гонењето врз основа на оваа и S 1832 ќе биде постоење на трговска тајна во рамките на значењето на ЗЕШ.⁵⁷

ЗЕШ неодамна беше изменет со донесувањето на Законот за зајакнување на казните за странска и економска шпионажа.⁵⁸ Законот ја одразува целта на политиката за значително зголемување на максималните парични казни со цел да ги одврати лицата и организациите во обидот за противправно стекнување на трговските тајни. По извршените измени, казните за прекршување на S 1831(a) за физички лица сега достигнуваат од 500,000 до 5 милиони долари. Измените во висината на казните ја опфатија подеднакво и S 1831(b) исто така со што паричната казна за прекршување на овој оваа одредба од страна на организација изнесува не повеќе од 10.000.000 долари или 3 пати повеќе од вредноста на украдената трговска тајна вклучувајќи ги и трошоците за истражување и дизајн и други трошоци за репродукција на трговската тајна кои биле избегнати со противправното стекнување од страна на организацијата.⁵⁹ Законските измени исто така го опфатија и времетраењето на казната затвор, чиј максимален износ е дваесет години.⁶⁰

3.3.2 Применливоста на S 1832 на ЗЕШ

Според S 1832 од ЗЕШ, поединци или организации може да бидат обвинети и кривично гонети за прекршување на Законот кога се вклучени во општите дејствија што резултираат со проневера/кражба на трговските тајни.⁶¹ Општо земено, кражбата на трговски тајни се случува кога некој свесно краде или злоупотребува нечија трговска тајна за економска корист на секој кој нема легитимно право или овластување за користење на истата.⁶² Сепак, обвинителниот акт под S 1832 е условен со исполнување на неколку критериуми. Прво, украдените информации мора да бидат поврзани или вклучени во производ што се користи или е наменет за употреба во меѓудржавна или надворешна трговија.⁶³ Второ, обвинетиот мора да има намера да ја употреби трговската тајна за постигнување на лична економска или корист на трето лице, кое не е сопственик на трговската тајна.⁶⁴ Трето, обвинетиот мора да има намера или да знае дека ваквото

⁵⁴ Слободен превод од, US Chamber, *op. cit.* note 6, p. 11.

⁵⁵ Ryan K.; Howell D.; Keech M.; Luo Y.; Sperry B.; Yantis B.; 'Intellectual Property Crimes,' (2017) 54 *Am. Crim. L. Rev.* p. 1514.

⁵⁶ Види: *United States v Chung*, 633 E Supp. 2d 1134, 1145 (C.D. Cal. 2009).

⁵⁷ 18 USC S 1839(3)(a-b).

⁵⁸ Законот за зајакнување на казните за странска и економска шпионажа (FEEPEA), *op. cit.* note, 33.

⁵⁹ 18 USC 1831(5)(b).

⁶⁰ Phillips E. T., *op. cit.* note 39, p. 1295.

⁶¹ 18 USC S 1832(a).

⁶² 18 USC S 1832(a).

⁶³ 18 USC S 1832(a).

⁶⁴ 18 USC S 1832(a).

дело ќе му наштети на вистинскиот сопственик.⁶⁵ Конечно, со цел да се повлече одговорност, мора да постои намера за извршување на делото.⁶⁶

Фактот што првичната верзија на ЗЕШ содржеше ограничена дефиниција за трговските тајни го оневозможи поведувањето на постапка врз основа на оваа одредба, особено во случаите кога кражбата беше спроведена како резултат на сајбер-упад. Одговорот на ситуацијата беше донесувањето на Законот за допрецизирање на кражбата на трговските тајни од 2012 година, кој ја прошири дефиницијата за трговската тајна овозможувајќи заштита на секој производ или услуга, вклучително и компјутерски програми и кодови кои се користат или се наменети за употреба во домашна или надворешна трговија.

Заклучок:

Наоѓањето на ефективни начини за справување со противправно стекнување т.е. мисапропријација на трговските тајни е еден од предизвиците со кој се соочуваат законодавците во речиси сите земји во светот. Фактот што до неодамна не постоеја посебни законски одредби кои би ги заштитиле имателите на трговските тајни придонесе за пораст на случаите на бесправно стекнување како од територијален така и од аспект на индустриските сектори кои се опфатени. Затоа и делува зачудувачки што законодавството на САД е речиси единственото кое досега има донесено посебен кривично правен инструмент кој ја регулира мисапропријацијата на трговските тајни. Законот за (заштита од) економска шпионажа беше донесен во 1996 година, со цел да се зауздаат загубите кои американските компаниите ги претрпуваа, а достигнуваа износ од повеќе од 300 милијарди долари на годишно ниво. Две паралелни ситуации беа причина за ваквите загуби - економската шпионажа која ја вршеа странските влади и кражбите на трговски тајни извршени од домашни и странски субјекти. Токму затоа и законскиот текст содржи две посебни одредби S 1831 и S 1832 со кои се регулираат квалификационите елементи како и санкциите за овие противправни дела респективно. Паралелно со законските САД преземаа и низа иницијативи од превентивен карактер кои придонесуваат за разоткривање и спречување на акциите кои би можеле да доведат до сторување на такво кривично дело.

И покрај преземените иницијативи, моменталниот став е дека овие активности сеуште не успеваат целосно да ги заштитат највредните американски ресурси. ЗЕШ се покажа како недоволно соодветен во светло на појавата на немилосрдната глобална конкуренција и зголемената употреба на компјутерите и интернетот како еден од најлесните начини за стекнување и пренос на трговските тајни. Законот, воедно, сеуште не може во целост да даде одговор на сите ситуации кои можат да доведат до бесправна употреба на информациите стекнати од страна на вработените кои ги напуштаат компаниите во кои ги стекнале таквите информации.

Општо земено, и покрај ограничувањата Законот придонесе за пополнување на значителен јаз во заштитата на трговските тајни и овозможи суштински напредок во борбата против нивно бесправно стекнување, создавајќи унифицирани стандарди за справување со ова дело. Донесувањето на таквите одредби во голема мера придонесува

⁶⁵ 18 USC S 1832(a).

⁶⁶ Phillips E. T.; *op. cit.* note 40, p. 1295.

кон намалување на правната неизвесност во решавањето на судските предмети, но истовремено го намалува нивниот број, земајќи ги во предвид високите парични и затворски казни кои придонесоа (иако не секогаш успешно) од одвраќање на субјектите од нивната намера да извршат такви кривични дела.

Користена литература:

I) Научни трудови:

- Alissa Cardillo ‘Another Bite at the Apple for Trade Secret Protection: Why Stronger Federal Laws Are Needed to Protect a Corporation's Most Valuable Property’ (2016) (10)2 *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*.
- Christopher Seaman, ‘The Case Against Federalizing Trade Secrecy’ (2015) 101, *Virginia Law Review*.
- David S. Almeling; Darin W. Snyder; Michael Sapoznikow, A Statistical Analysis of Trade Secret Litigation in Federal Courts, (2009) 45 *Gonz. L. Rev.*
- David S. Almeling, *Four Reasons to Enact a Federal Trade Secrets Act*, (2009) 19 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.*
- Edmond Gabbay, ‘All The King’s Horses – Irreparable Harm in Trade Secret Litigation’, (1984) 52 *Fordham L. Rev.*
- Eleanor T. Phillips, Zoey Goldnick, Caroline Incedon and Celia Belmonte, ‘Intellectual Property Crimes,’ (2015) 52 *Am. Crim. L. Rev.*
- James M. Fischer, ‘An Analysis of the Economic Espionage Act of 1996’ (2001) 25 *Seton Hall Legis. J.*
- Kurt M. Saunders, ‘The Law and Ethics of Trade Secrets: A Case Study’, (2006) 42 *Cal. W. L. Rev.*
- Lisa Andrukonis, Stephen Damato and Robert Wilson, ‘Intellectual Property Crimes’, (2016) 53 *Am. Crim. L. Rev.*
- Lisa Capellupo, ‘The Need for Modernization of the Economic Espionage Act of 1996’, (2015) 15 *J. Int'l Bus. & L.*
- Kevin Ryan; Destiny Howell, Melissa Keech, Yushan Luo, Brian Sperry, Brittany Yantis, ‘Intellectual Property Crimes,’ (2017) 54 *Am. Crim. L. Rev.*
- Mark L. Krotoski ‘Common Issues and Challenges in Prosecuting Trade Secret and Economic Espionage Act Cases’ 2009 (57) 5 *Economic Espionage and Trade Secrets - The United States Attorneys' Bulletin*.
- Melvin F. Jager Trade Secrets Law § 4:5, Criminal sanctions—Economic Espionage Act of 1996 as amended in 2012–2013, Chapter 4. The Initial Issues Presented by Trade Secret Litigation II. Economic Espionage Act (2017).
- Michael L. Rustad, ‘Private Enforcement of Cybercrime on the Electronic Frontier, (2001) 11 *Southern California Interdisciplinary Law Journal*.

Robert G. Bone, 'Secondary Liability for Trade Secret Misappropriation: A Comment' (2006) 22 (3) *Santa Clara High Technology Law Journal*.

Robin L. Kuntz, 'How Not to Catch a Thief: Why the Economic Espionage Act Fails to Protect American Trade Secrets', (2013) 28 *Berkeley Tech. L.J.*

William M. Fitzpatrick and Samuel A. Dilullo, 'Protecting Trade Secrets: Legal Challenges and Liabilities for Organizations' (2017) 15(1) *Competition Forum*; Indiana.

William van Caenegem, *Trade Secrets and Intellectual Property Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition* (Kluwer Law International, 2014).

II) Законски акти:

The Defend Trade Secrets Act (DTSA) 2016;

The Economic Espionage Act (EEA) 1996;

The Foreign and Economic Espionage Penalty Enhancement Act, 2012;

The National Stolen Property Act (NSPA) 1934;

The Theft of Trade Secrets Clarification Act, (TTSCA) 2012;

The Uniform Trade Secrets Act (UTSA) 1797, 1985.

III) Електронски извори:

Administration Strategy on Mitigating the Theft of U.S. Trade Secrets, February (2013), available at <https://www.justice.gov/criminal-ccips/file/938321/download>.

Cyber Espionage and the Theft of U.S. Intellectual Property and Technology' Testimony of Larry M. Wortzel before the House of Representatives Committee on Energy and Commerce Subcommittee on Oversight and Investigations July 9, 2013, available at: <https://docs.house.gov/meetings/IF/IF02/20130709/101104/HHRG-113-IF02-Wstate-WortzelL-20130709-U1.pdf>

David S. Almeling, *Recent Trade Secret Reform — And What Else Should Change*, quoting U.S. Attorney General Eric Holder, (September 23, 2013) *Expert Analysis*, available at: <https://www.law360.com/articles/474239/recent-trade-secret-reform-and-what-else-should-change>

Economic Espionage Act of 1996: Hearing on H.R. 3723 before the Subcommittee on Crime of the Committee on the Judiciary, 104 Cong. 4 (1996) (statement of The Honourable Louis J. Freeh, Director, Federal Bureau of Investigation) reprinted 1998, available at: <https://www.congress.gov/congressional-report/104th-congress/house-report/788/1?overview=closed>

McAfee, 'The Economic Impact of Cybercrime and Cyber Espionage,' https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/publication/60396rpt_cybercrime-cost_0713_ph4_0.pdf.

National Science Foundation, 'Business Use of Intellectual Property Protection Documented in NSF Survey' (2012).

Randall C. Coleman Assistant Director, Counterintelligence Division Federal Bureau of Investigation Statement Before the Senate Judiciary Committee, Subcommittee on Crime and Terrorism, Washington, D.C. May 13, 2014 <https://www.fbi.gov/news/testimony/combating-economic-espionage-and-trade-secret-theft>.

Science Foundation, 'Business Use of Intellectual Property Protection Documented in NSF Survey' (2012), <http://www.nsf.gov/statistics/infbrief/nsf12307/>.

The Office of the Intellectual Property Enforcement Coordinator (Executive Office of the President), The U.S. Interagency Strategic Planning Committees on IP Enforcement, Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement (FY 2017-2019), 'Supporting Innovation, Creativity & Enterprise: Charting a Path Ahead' <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/IPEC/2016jointstrategicplan.pdf>.

US Chamber, The Case For Enhanced Protection of Trade Secrets in the Trans-Pacific Partnership Agreement https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/international/files/Final%20TPP%20Trade%20Secrets%208_0.pdf.

IV) Преседани:

Glaxo Inc. v. Novopharm Ltd., 931 E Supp. 1280, 1304-05 (E.D.N.C. 1996).

Moore v Kulicke & Soffa Indus., 318 F.3d 561, 572 (3d Cir. 2003).

Penalty Kick Mgmt. v. Coca Cola Co., 318 F.3d 1284, 1296 (11th Cir. 2003);

United States v. Jin, Case No. CR 04 20216-JF, 1(h),(k) (N.D. Ill. Dec. 9, 2008).

United States v. Pani, Case No 4:08-CR-40034-FDS, 11-12 (D. Mass. Nov. 5, 2008).

United States v. Cotton, Case No. CR S-08-0042-EJG (E.D. Cal.) Feb. 29, 2008.

ALLOCATION OF LOSSES CAUSED BY UNAUTHORIZED PAYMENTS BETWEEN BANK AND CLIENT

Tatiana Mikoni

Assistant of the Department of Law of
Saint Petersburg State University
t.mikoni@spbu.ru

Abstract

This article focuses on rules for allocation of losses between bank and client in connection with card payment. It is stated that these rules on the one hand shall facilitate minimization of total losses and expenses for their prevention, on the other hand they shall ensure fair balance of interests of the contracting parties.

Costs reduction is achieved with the help of economically efficient loss allocation based on three principles: a) loss spreading; b) loss reduction; c) loss imposition. If application of all three principles provides the same result according to which the loss shall be assigned to the same party, then the proper loss allocation rules can be easily designed. If the results differ, then a comparative analysis of their economic effect is required to define which rule for loss allocation will allow reducing losses at most.

The article contains a comparative study of loss allocation rules provided by Truth in Lending Act, Electronic Fund Transfer Act, Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, as well as provisions of the Federal Law of the Russian Federation on National Payment System.

The conclusion is made that the client should be assigned with loss risk to such extent which will facilitate his good faith in keeping the card and its details, as well as in regular monitoring transactions on the card. Other losses should be assigned to bank, which serve as incentive for bank to improve security of card payments.

Keywords: *Payment cards, unauthorized transactions losses at card payment, economically efficient allocation of losses, consumer protection.*

1. Introduction

When using a payment card the risk of money transfer based on the order of an unauthorized person increases considerably. This is due to the fact that the order comes to the bank through intermediaries (participants of the payment system). The bank has limited possibilities to make sure that the person giving the order is duly authorized to do so. Modes of fraud are diverse: making a copy of the card, using card details for shopping on the Internet, using stolen or lost cards.

Monitoring of unauthorized transactions with the use of payment cards is performed at the national and international levels. According to the data of the European Central Bank

17.3 million of unauthorized transactions for 1.8 billion Euro were performed in 2016 as a result of fraud with the use of payment cards issued in the territory of the countries covered by the Single Euro Payments Area¹.

Payment systems are continuously working on decrease of losses: they introduce new security methods for card details, launch additional services for identification of card holders, improve card reading equipment, etc. However it is hardly possible to exclude the risk of fraud with the use of payment cards because the more protection methods appear the more methods of their circumvention are invented.

As a result of third party illegal actions the bank incurs loss because the money is debited from the bank's correspondent account. Damages shall be compensated by the person who caused them. However, in practice it is difficult to prove the identity of the person responsible for the damages; brining him to responsibility causes considerable expenses which are often impossible to compensate. The fastest and easiest way for the bank to compensate the loss is to shift it to the client² (supposed payer) by means of debiting the client's account.

In civil law the contract is considered to be the general means to allocate losses between the parties. Parties are free to conclude a contract and to define its conditions. The rational parties are reasonably assumed to conclude a contract on mutually beneficial conditions. The party taking the risk of loss usually receives compensation (risk premium)³. However sometimes the rational choice theory does not work due to limited rationality or limited access to information of one of the contracting parties⁴.

The client is typically deemed to be the weak party in the relations with the bank. There is always information and professional asymmetry in favour of the bank. As a result "profit-seeking 'sophisticated issuers' deliberately take advantage of 'imperfectly rational card-holders'"⁵. The client has no real possibility to influence the contract conditions in the process of bargaining, consequently, the bank almost always has the right to debit money from the client's account whether or not the transaction was duly authorized⁶.

In many countries special acts are adopted to protect card holders. There are two laws in the United States of America which prescribe special rules for loss allocation between the bank and the client in case of unauthorized transactions: Truth in Lending Act⁷ contains

¹European Central Bank. The Fifth Oversight Report on Card Fraud. URL=<https://www.ecb.europa.eu/pub/cardfraud/html/ecb.cardfraudreport201809.en.html#toc1>. Accessed 04 June 2019.

²The article focuses mostly on relations with consumers, that is why hereinafter the client will mean consumer unless otherwise specified.

³ For the summary of the rational choice theory and its meaning for the legal analysis see: Ulen T.S. *Rational Choice in Law and Economics*, Encyclopedia of Law and Economics, 1999. URL=<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0710-rational-choice-theory-in-law-and-economics.pdf>. Accessed 04 June 2019.

⁴ On the issue of limitation of the rational choice theory application see: Michael J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1993

⁵ Ali P.; Ramsay I.; Read C.; *Behavioural Law and Economics: Regulatory Reform of Consumer Credit and Consumer Financial Services*, 43 Comm L. World Rev., 2014, p.308.

⁶ For instance in regulations of some Russian banks there is a condition that a transaction performed with the use of card and a PIN is admitted to be performed by the card holder and is not to be contested (Regulations for provision and use of VTB 24 cards (Public Joint Stock Company), URL=<https://www.vtb.ru/personal/karty/tarify/>. Accessed 04 June 2019).

⁷Truth in Lending Act, Public Law 90-321-May 29, 1968 (hereinafter – TILA) URL=<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-41/subchapter-I>). Accessed 04 June 2019.

provisions for credit cards and Electronic Fund Transfer Act, for debit cards⁸. In 2018 the new European Parliament and Council Directive on Payment Services in the Internal Market (EU) 2015/2366 came into force⁹. Due to unification carried out in the EU, coherent legislation on card payments, including loss allocation rules, emerged in all EU countries. In the Russian Federation special rules for allocation of losses between the bank and the card holders are provided in the Federal Law on National Payment System enacted in 2011¹⁰.

All the mentioned rules attempt to balance the interests of the client and of the bank. Their comparative study is of special interest as they are created in different legal systems and in different time periods. TILA and EFTA were adopted in the United States of America in 1968 and 1978 correspondingly. Directive 2015/2366 is actually a new revision of Directive 2007/64/EC¹¹ and slightly differs from the latter as regards the rules for refunding of unauthorized transactions. The Directive is to be implemented in countries with different legal frameworks, that is why it is designed to give freedom to national authorities when they choose forms and methods of its implementation¹². The last to appear were the rules prescribed by the FL of RF on NPS. During their preparation TILA, EFTA and Directive 2007/64/EC were analyzed and considered, but eventually the Russian lawmaker created a unique method of allocation of losses.

This article focuses on the comparative study of provisions of all four regulatory enactments which allows revealing the similarities and differences between the adopted models of loss allocation, as well as to estimate their advantages and disadvantages. Part 2 gives an overview of the rules of TILA, EFTA, Directive 2015/2366 and FL of RF on NPS. Part 3 describes the principles of efficient loss allocation. Finally, Part 4 provides assessment of economic efficiency and fairness of the rules reviewed in Part 2.

Together with adoption of TILA the Board of Governors of the Federal Reserve System adopted Regulation Z, ensuring performance of TILA (hereinafter – Regulation Z). URL=<http://www.law.cornell.edu/cfr/text/12/part-226>). Accessed 04 June 2019.

⁸ Electronic Fund Transfer Act, Public Law 95-630-Nov.10, 1978 (hereinafter – EFTA) URL=<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-41/subchapter-VI>). Together with adoption of EFTA the Board of Governors of the Federal Reserve System adopted Regulation E, ensuring performance of EFTA (hereinafter – Regulation E). URL=<http://www.law.cornell.edu/cfr/text/12/part-205>). Accessed 04 June 2019.

⁹ Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market (hereinafter – Directive 2015/2366). Official Journal of the European Union L337/35. URL=<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2366>. Accessed 04 June 2019.

¹⁰ Federal Law of the Russian Federation on National Payment System, Rossiyskaya Gazeta No. 139 (hereinafter – FL of RF on NPS).

URL=<http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102148779&intelsearch=%F4%E5%E4%E5%F0%E0%EB%FC%ED%FB%E9+%E7%E0%EA%EE%ED+%EE+%ED%E0%F6%E8%EE%ED%E0%EB%FC%ED%EE%E9+%EF%EB%E0%F2%E5%E6%ED%EE%E9+%F1%E8%F1%F2%E5%EC%E5>. Accessed 04 June 2019.

¹¹ Directive 2007/64/EC of the European Parliament and the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market. Official Journal of the European Union L319/1. URL=<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007L0064&from=EN>. Accessed 04 June 2019.

¹² Article 249 of the Treaty establishing the European Community. *Official Journal P 325*, 24/12/2002. URL=<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12002E%2FTXT>. Accessed 04 June 2019.

2. Legislative Rules for Allocation of Loss between Bank and Client

2.1. TILA

In accordance with TILA, losses are assigned to the card issuer and only a limited amount of losses can be shifted to the client. The cardholder can be liable for an unauthorized use of the credit card for a sum not exceeding USD 50¹³ and only if the card issuer proves that certain conditions were met, such as the card issuer duly notified the cardholder about potential liability, provided description of the means by which the cardholder could notify the bank about the card loss or theft, provided proper means for the ascertaining of the right to use the card¹⁴. The client can never incur liability to cover losses in excess of USD 50 according to TILA.

If unauthorized use of the card takes place after the card issuer was notified about the loss or theft of the card the client cannot be held liable for losses in all cases.¹⁵

2.2. EFTA

EFTA and its Regulation E provide for a complex progressive scale of limitations of consumer's liability in case of an unauthorized transaction. The amount of liability depends on several factors: ascertaining of the fact that the card was lost or stolen, proper fulfillment by the parties of their obligations to notify each other, the point in time when the losses occurred¹⁶.

The consumer shall notify the financial institution, firstly, about the card loss or theft within 2 working days after becoming aware of the loss or theft, secondly, about unauthorized transaction, within 60 calendar days after receipt of the periodic statement.

If the consumer duly notifies the bank about the fact that the card was lost or stolen, his liability shall not exceed USD 50 or the actual amount of the unauthorized transactions performed prior to the notification (whichever amount is lesser)¹⁷. If the consumer notifies the financial institution about the card loss or theft in more than 2 working days but within 60 calendar days of receipt of the statement, then the consumer's liability shall not exceed USD 500¹⁸. If there is no notification within 60 days the consumer's liability for the transactions performed within 60 days shall be in the amount not exceeding USD 500 and for the transactions performed after the expiration of 60 days, unlimited¹⁹.

If the card has not been lost or stolen and the consumer has notified the financial institution about an unauthorized transaction within 60 days, no liability is imposed upon the consumer. If the consumer has failed to notify the financial institution he shall incur liability for the unauthorized transactions performed after the expiry of 60 days and prior to the notification of the institution.

Amount of losses imposed on the consumer depends only on the time of notification about the card loss or theft and (or) about performance of the unauthorized transaction.

¹³ 15 U.S. C. § 1643 (a) (1) (B)

¹⁴ 15 U.S. C. § 1643 (a) (2)

¹⁵ 15 U.S. C. § 1643 (a) (1) (E)

¹⁶The rules for losses allocation prescribed by Regulation E are presented schematically and clearly in the Consumer Compliance Examination Manual, prepared by Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) (VI. Deposits – EFTA, March 2019, URL= <https://www.fdic.gov/regulations/compliance/manual/index.html>. Accessed 04 June 2019).

¹⁷ 12 CFR 1005.6 (b) (1)

¹⁸ 12 CFR 1005.6 (b) (2)

¹⁹ 12 CFR 1005.6 (b) (3)

Negligence on the part of the consumer (for example, writing the PIN on the card) does not affect the amount of liability that may be shifted on him²⁰.

2.3. Directive 2015/2366

The most complicated model is prescribed by Directive 2015/2366. The general rule is that the payment service provider shall immediately refund the payer the amount of unauthorized transaction, but in any event not later than by the end of the following business day after receiving the notice about the unauthorized transaction²¹.

When an unauthorized transaction is the result of loss, theft or misappropriation of a card, the payer²² may be obliged to compensate damages in the amount not exceeding EURO 50 but only if two conditions are met: the payer could possibly have detected the loss, theft or misappropriation of the card until unauthorized transaction took place and the loss was not caused by act or omission of an employee of the payment services provider²³.

If the payer acted with intent or gross negligence and for this reason failed to fulfill the obligations to use the card properly, to keep card details in secret, to notify the financial service provider about loss or misappropriation of the card or if the payer acted fraudulently he is obliged to reimburse the loss in full²⁴.

The client has no obligation to compensate losses if the payment service provider does not use strong customer authentication²⁵. The same is true if losses occurred after the payment service provider has received the notice on card loss or theft²⁶. Such losses shall only be compensated if they became the result of fraud on the part of the client²⁷.

2.4. Federal Law of the Russian Federation on National Payment System.

Article 9 of the FL of RF on NPS focuses on use of electronic payment devices including payment cards. The money transfer operator shall compensate the client for the amount of unauthorized transaction in three cases.

Firstly, when the transaction takes place after the client has notified the operator about loss of electronic payment device and (or) about its use without client's consent²⁸.

Secondly, when the operator has not performed its duty to inform the client about a transaction²⁹. The operator is obliged to inform the client about each transaction initiated with an electronic payment device sending a notice to the client³⁰. However the legislator does not provide any specific rules for such notification. The bank therefore can include into a contract

²⁰ Board of Governors of the Reserve System, Official Staff Commentary to Regulation E. 2001 URL=https://www.law.cornell.edu/cfr/text/12/appendix-Supplement_I_to_part_205. Accessed 04 June 2019.

²¹ Article 73 of the Directive 2015/2366

²² "payer" means a natural or legal person who holds a payment account and allows a payment order from that payment account, or, where there is no payment account, a natural or legal person who gives a payment order (Article 4 of the Directive 2015/2366)

²³ Article 74(1) of the Directive 2015/2366

²⁴ Article 74(1) of the Directive 2015/2366

²⁵ "strong customer authentication" means an authentication based on the use of two or more elements categorized as knowledge (something only the user knows), possession (something only the user possesses) and inherence (something the user is) that are independent, in that the breach of one does not compromise the reliability of the others, and is designed in such a way as to protect the confidentiality of the authentication data (Article 4 of the Directive 2015/2366)

²⁶ Article 74(3) of the Directive 2015/2366

²⁷ Article 74(2) of the Directive 2015/2366

²⁸ Part 12, Article 9 of FL of RF on NPS

²⁹ Part 13, Article 9 of FL of RF on NPS

³⁰ Part 4, Article 9 of FL of RF on NPS

the rules that can be easily followed by the bank, whether or not they ensure actual receipt of the notice by the client³¹. For example, the frequent contractual condition is that the notice is deemed properly made if the information is available in the bank's office or on the Internet website of the bank. So the operator almost always properly fulfills its obligation to notify the client.

Thirdly, when the client is an individual and he has duly informed the operator about loss or unauthorized use of the card. The operator shall reimburse the amount of the unauthorized transaction if there is no evidence that the transaction was caused by the client's breach of the rules for the use of the card³². In the latter case the client shall lose his right for reimbursement whether or not such breach of rules occurred through his fault.

3. Loss Allocation Principles

3.1 General Description of Rules for Loss Allocation

Initially a bank incurs losses caused by the unauthorized transaction because the money is debited from its correspondent account. From an economic perspective there are several options to allocate losses between the contracting parties. Firstly, losses rest on the party that bears the initial loss. Secondly, losses are shifted to the other contracting party. Thirdly, losses are shifted to a third party "including the subsequent distribution of losses among several persons subjected to the similar risk"³³. In the latter case the losses are initially imposed on one of the parties to the contract, which can then shift them to the third party.

Thus, there are three ways to allocate losses between the bank and the client: 1) losses rest on the bank; 2) losses are shifted to the client by requiring him to pay the damages (it is also possible to shift only part of losses to the client leaving the other part on the bank); 3) losses rest on the bank which has a right to shift them to other participants of the payment system.

Application of civil liability rules is a general way to shift losses to the counterparty. Liability can be fault-based or strict. In the first case the losses can be shifted to a debtor only if he breaks obligation with intent or negligence. In accordance with the strict liability doctrine a debtor is liable for damages caused by nonperformance or improper performance of obligations with or without the fault on his side. The losses are to be placed on the superior risk bearer in one of the following ways: if the creditor is the best risk bearer then the losses rest on him but if the debtor is the better risk bearer than he has to be liable for the damages suffered by the creditor. The general rule is that any risk is to be allocated to the party which

³¹ Part 4, Article 9 of FL of RF on NPS

³¹ The Central Bank of the Russian Federation explained that credit institutions have a right to choose any available way of client's notification, as well as to define a moment, in which notification on transaction with the use of electronic payment facility is considered to be received by the client, with the only limitation that at least one way of informing shall be free of charge for the client. See Letter of the Central Bank of the Russian Federation No. 172-T Recommendations for application of article 9 of the Federal Law on National Payment System, 2012. URL= <http://www.cbr.ru/PSystem/P-sys/172-T.pdf>, accessed 04 June 2019; Responses of the Central Bank of the Russian Federation to the questions concerning application of article 9 of the Federal Law on National Payment System, URL=http://www.cbr.ru/PSystem/P-sys/faq_9.pdf, accessed 04 June 2019.

³² Part 15, Article 9 of FL of RF on NPS

³³ Kanev D.R. Losses allocation in civil law: Thesis for degree of candidate of legal sciences. – SpB, 2010. P. 67

is in the best position to avoid it or at least to reduce³⁴. It requires “placing the loss on the party who can minimize the sum of loss avoidance costs and residual losses that remain even once cost-effective precautions are taken”³⁵. Economically efficient risk allocation means that “the risk shall be imposed on the contracting party for which risk-related costs are lesser than those of the counterparty”³⁶.

3.2 Economically Efficient Rules of Loss Allocation

The rules for allocation of losses between the bank and the client shall, on the one hand, minimize the sum of losses and loss avoidance costs, and on the other hand, ensure a right balance of interests of the parties. Abiding by such criteria will facilitate development of retail electronic payments both because of the reduction of payment costs, and because of the greater clients’ confidence in banks.

Economically efficient allocation of losses between the bank and the client is based on three principles: a) losses are imposed on the party that can achieve risk neutrality at the lowest cost (loss spreading); b) losses are imposed on the party that can reduce them at the lowest cost (loss reduction); c) the enforcement of assigned liability has to be as inexpensive as possible (loss imposition)³⁷.

When all three principles converge and identify one and the same contracting party as the superior loss bearer, then economically efficient rules for loss allocation can be easily designed. When the principles diverge the relative magnitude of each principle’s effect on “the total cost of bearing, preventing, and adjudicating payment losses”³⁸ is to be detected.

3.2.1. The Loss Spreading Principle

In accordance with the loss spreading principle the losses are imposed on the party that can achieve risk neutrality at the least cost. Attitude toward risk depends on two conditions: “the relative size of the loss and the party’s ability to spread it”³⁹. Most clients are risk averse because the losses are large in proportion to their wealth and the client can hardly predict them and spread. The bank, on the other hand, is typically risk neutral as the losses are relatively small in comparison with the bank’s resources and can be easily spread among the participants of the payment system, as well as other clients of the bank. Therefore, the bank can always achieve risk neutrality with lesser costs than the consumer. Of course there can be

³⁴ Agarkov M., *Bearer Securities. Selected Works on Civil Law. in 2 Volumes. Volume 1*, Center YurInfoR, Moscow, 2002. p. 122.

³⁵ Gillette C.; Walt S.; *Uniformity and Diversity in Payment Systems*, Chicago-Kent Law Review, Vol. 83, Issue 2, 2008, p. 529

³⁶ Arkhipov D., *Allocation of Contractual Risk in Civil Law. Economical and Legal Research*, Statut, Moscow, 2012, p. 58.

³⁷ These three principles were formulated by Robert D. Cooter and Edward L. Rubin in their article ‘*A Theory of Loss Allocation for Consumer Payments*’, Texas Law Review, Vol. 66, Issue 1 (November 1987), pp. 63-130. This article is one of the most prominent works devoted to the issue of economic analysis of rules for allocation of losses caused by third parties intervention into the relationships between the bank and the client. It is cited by most of the authors who consider this issue (see e.g. Weistart J.C. *Consumer Protection in the Credit Card Industry: Federal Legislative Controls*, Michigan Law Review, 1972, Volume 70, Number 8, pp. 1509 - 1512; Benjamin Geva, *Consumer Liability in Unauthorized Electronic Funds Transfers*, Canadian Business Law Journal, Vol. 38, Issue 2 (April, 2003), p. 237; Linds J. Rusch, *Reimagining Payment Systems: Allocation of Risk for Unauthorized Payment Inception*, Chicago-Kent Law Review, Vol. 83, Issue 2, 2008, p. 591).

³⁸ Robert D. Cooter, Edward L. Rubin, *op. cit.* note 32, pp. 84 – 85.

³⁹ Robert D. Cooter, Edward L. Rubin, *op. cit.* note 32, p. 71.

exclusions where the client is a sophisticated and wealthy person but this is irrelevant for drafting the general rule. Therefore, the principle of loss spreading points to the bank as the best risk bearer.

3.2.2. The Loss Reduction Principle

Following the loss reduction principle the losses are to be imposed on the party that can reduce losses at the lowest cost. If the losses can be reduced by both parties they can be divided between them. To reduce the losses the party should be actually able to avoid the losses and be responsive to the rules. Increase of amount of losses that are to be imposed on a person is only efficient as long as it causes the desired change of the person's conduct⁴⁰.

In contradistinction to the loss spreading principle the loss reduction principle allows both the bank and the client reducing the probability of losses taking precautions at a minimum cost.

The bank takes measures to increase security of payments and invests into the improvement of payment technologies. The bank is also more responsive, in comparison to the client, to liability rules because it has better knowledge of the law and ability to predict the consequences of its application.

The client can handle a card carefully, preventing misuse of the card or its details by third parties, promptly give notice to the bank in case of card loss or exposure of card details by third parties, check account statements and inform the bank as soon as possible about unauthorized transactions. But the capabilities of an average client should not be overestimated. For example, a cardholder typically does not regularly check an account statement taking a close look on all transactions included into the statement. Loss allocation based on this assumption will have no effect on the client's conduct and consequently will not reduce losses. Moreover, payment procedures are very complicated and most people are not able to understand what is happening inside "the Black Box"⁴¹ and as a result of this to evaluate impact of their actions on possibility of losses⁴².

Thus losses should be shifted to the client to such extent that encourages his diligent and loss preventive conduct. Amount of losses imposed on the client should be sufficient to stimulate his diligence in keeping the card and its details, as well as in regular monitoring of transactions on the card, but not excessive to make him refuse from using a card. Other losses

⁴⁰For instance, if a person does not change his conduct depending on whether he is liable for the damages in the amount of EURO 100 or 10 000, then assignment of losses on him in the amount exceeding EURO 100 does not comply with the loss reduction principle.

⁴¹ Ramon P.DeGennaro compared the complicated relations of payment system participants, when performing card payment, with "the Black Box" (Ramon P.DeGennaro, *Merchant Acquirers and Payment Card Processors: A Look inside the Black Box*, Economic Review, Vol. 91, No 1, 2006, p. 32)

⁴²A research made in 2007 in Harvard University clearly shows the limited capability of clients to react reasonably on the potential danger of obtaining data of payment card by third parties. Clients of one bank took part in the experiment: part of the clients used their real accounts, the other part - specially created for the experiment, and they knew about it. The task was to understand how client reacts on different preventive measures undertaken by bank to increase payment security. As the result it turned out that even when a message appeared at the monitor warning about fraud danger, 64% of clients with real accounts and 37% of clients with fake accounts terminated transaction performance. That means that awareness of actual danger of money loosing influenced just partially on the client's conduct. (Stuart E. Schechter *et al*, *The Emperor's New Security Indicators: An Evaluation of Website Authentication and the Effect of Role Playing on Usability Studies*, Feb. 4, 2007. URL= <http://www.usablesecurity.org/emperor/emperor.pdf>. Accessed 04 June 2019).

should be imposed on the bank to make it facilitate security of card payments. It is important to ensure that the client is provided with clear information about the risks, because only clear information can encourage the client to change his behavior.

After a bank has become aware about loss or misuse of the payment card he is the superior risk bearer in relation to any further losses because it can prevent them easily.

3.2.3. The Loss Imposition Principle

In accordance with the loss imposition principle the process of loss allocation shall imply minimum costs. Initially money is debited from the bank's correspondent account so there are no costs if the losses rest on the bank. At the same time the bank can easily and without additional costs shift losses to the client.

The only way to allocate losses efficiently is to design simple and clear rules of loss allocation between the bank and the client whose implementation will require minimal expenses. Complexity and expensiveness of the procedure of loss allocation make a party accept losses rather than prosecute the contracting party trying to shift them because this proves to be easier. As a result the above two principles of efficient loss allocation are violated because the losses rest on the person that can neither achieve a risk-neutrality with the lowest cost, nor influence probability of occurrence of such losses.

The risk of underenforcement is higher if the client is the one who should bring a claim against the bank. Firstly, expenses for legal proceedings are considerably higher for the client than for the bank. Secondly, the client can receive in the result of successful enforcement only compensation for the losses. The stakes for the bank are higher because it shall keep its good reputation and prevent emergence of undesirable case-law. A possible way to reduce negative effect of such imbalance is to put on the bank the burden to prove that there are sufficient grounds to impose liability on the client. At the same time requiring the bank to enforce liability through civil suits imply considerable expenses which "represent a deadweight loss to the participants in the payment system"⁴³. For this reason an administrative enforcement can be preferable option.

4. Conformity of Legislative Rules with Principles of Efficient Loss Allocation

Application of the principles gives different result depending on whether or not the bank is aware of the loss and (or) misuse of the payment card. The losses occurred before and after client's notice to the bank are considered one after another.

4.1. Before Notice to Bank

4.1.1. TILA and EFTA

Under TILA rules the liability of the client for unauthorized transactions shall not exceed USD 50. The other part of the losses shall rest on the bank. EFTA provides the similar rules with the only difference that the client's liability can be increased to USD 500 or even to the full sum of unauthorized transactions if certain conditions are met.

In both cases it does not matter whether the losses are caused by the client's fault or accident. Loss allocation is based on the principles of authority that means that the loss "is

⁴³ Robert D. Cooter, Edward L. Rubin, *op. cit.* note 31, p. 78.

allocated in accordance with principles of agency law and compliance with security procedures rather than by any reliance on negligence principles"⁴⁴.

Such approach to limit the liability of the client is criticized as contradicting to the loss reduction principle. The card issuer is "unable to distinguish the identity thief's use from authorized use" and "the finding of negligence implicitly suggests that the consumer was in a superior position to avoid the loss"⁴⁵. The deviation from the economically efficient rules of loss allocation cannot be justified by necessity to provide higher protection for the consumers. The bank shall accept losses and consequently to spread them among all other clients increasing fees and charges. Protection of negligent consumers leads to the higher costs for non-negligent consumers which hardly can be considered as fair⁴⁶.

4.1.2. Directive 2015/2366

If an unauthorized transaction is caused by the payer's breach of one of his obligations (to use the card properly, to keep card details in secret, to notify the financial service provider about loss or misuse) and the payer acted fraudulently or negligently than he is liable for the full amount of losses. The fault-based rule complicates the procedure to shift the losses and therefore does not comply with the loss imposition principle. In such circumstances it is important to design an enforcement process which is easy and cheap. This task shall be resolved during implementation of the Directive on national level.

No-fault liability of the payer shall not exceed EURO 50 and possible only if the financial service provider uses the strong customer authentication. Such threshold is considered to be enough to encourage the payer diligently fulfill his most important obligations. At the same time the bank has significant incentive to use strong customer authentication. Such distribution of losses comply with the loss reduction principle.

4.1.3. Federal Law of the Russian Federation on National Payment System

The main difference between the FL of RF on NPS and other regulatory enactments is that the former presumes that the client initially incurs losses and receives right to shift these losses to the bank only in the limited number of instances under certain conditions. The bank evaluates at its own discretion whether these conditions are met. If the bank refuses to compensate to the client the amount of an unauthorized transaction the client can sue it. However considering the client's tendency to underenforcement the bank has little incentive to compensate damages to the client voluntarily.

The presumption that the client initially incurs the losses coupled with the difficult and expensive enforcement procedures leads to the fact that the losses rest on the client who is risk averse and has limited capacity to reduce the losses. Such rules contradict to two principles of efficient loss allocation: loss spreading and loss reduction.

The FL of RF on NPS makes no difference whether the losses caused by the client's fault or accident. The client is liable for the full amount of losses caused by his breach of the rules for the use of the card. Such strict unlimited liability is against the loss reduction principle. The same is true for the rule in accordance with which the client is deprived of the

⁴⁴ Clayton P. Gillette, Steven D. Walt, *op. cit.* note 13, p. 506. According to TILA an authority of a person to use a card can be actual, implied or apparent (15 U.S. C. § 1602(p)) and according to EFTA, only actual 15 U.S. C. § 1693a(12).

⁴⁵ Clayton P. Gillette, Steven D. Walt, *op. cit.* note 13, p. 535

⁴⁶For this issue see Clayton P. Gillette, Steven D. Walt, *op. cit.* note 13, p. 529

right to compensate losses because he failed to notify the bank properly about the unauthorized transaction.

4.2. After Notice to Bank

All regulatory enactments contain the rule in accordance with which losses occurred after the bank has received a notification about loss or misuse of the payment card shall be imposed on the bank⁴⁷. Such loss allocation complies with the loss reduction principle because after the bank has received notification it can exclude any further loss.

5. Conclusion

The loss allocation rules present the instance of the legislative intervention in the market justified by the necessity to protect the client who has limited rationality and bargaining power. To remedy the market failure the rules shall be economically efficient. The losses shall be allocated to the superior risk bearer.

The bank can always achieve a complete risk neutrality with lesser costs than the client (loss spreading), it can reduce the probability of losses (losses reduction) and no additional expenses are required to rest the losses on the bank (losses imposition). Consequently there are always strong considerations to leave the losses on the bank. At the same time a complete protection of the client from any losses can result in his unfair conduct which increases the total amount of losses. If the client is capable to reduce the probability of losses the rules encouraging his diligent conduct shall be designed (loss reduction).

Losses occurred before the bank became aware of the loss or misuse of the payment card should be divided between the bank and the client. The amount of losses shifted to the client shall be determined on the basis of the client's capability to reduce the losses and his responsiveness to the rules. After the bank has received information about the loss or misuse of the payment card, it is in the superior position to prevent the further losses. To reach economically efficient allocation of losses clear and inexpensive enforcement procedure shall be created.

It is hardly possible to design the rules which perfectly comply with the principles of economically efficient loss allocation. However the serious derogation from the principles result in the transactions costs increase and even in the deadweight loss. The above legal enactments exemplify different modes of loss allocation between the bank and the client. Each of them has advantages and disadvantages. Directive 2015/2366 provides the rules which are best correspond to the efficiency principles. Other enactments significantly derogate from the principles without obvious justification.

⁴⁷ TILA (15 U.S.C. § 1643 (a) (1) (E)), EFTA (15 U.S. C. § 1693g (a)), Directive 2015/2366 (Article 74(3)), FL of RF on NPS (Part 12, Article 9).

СОГЛАШЕНИЕ О ВЕДЕНИИ ПЕРЕГОВОРОВ КАК НОВЫЙ ИНСТИТУТ РОССИЙСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Татьяна Сафронова

доцент Воронежского государственного университета (Россия)

E-mail: stn71@mail.ru

Аннотация:

В статье рассматривается новый институт гражданского права, введенный в ходе реформирования гражданского законодательства Российской Федерации, - переговоры о заключении договора. Выявляются предпосылки закрепления в российском законодательстве института переговоров, рассматривается договорный порядок ведения переговоров. Автор отграничивает соглашение о ведении переговоров от других конструкций, предшествующих заключению гражданско-правового договора. В работе анализируются наиболее важные условия соглашения о ведении переговоров

Ключевые слова: переговоры о заключении гражданско-правового договора, соглашение о ведении переговоров, обязанности сторон соглашения о ведении переговоров, добросовестность сторон переговоров

AGREEMENT ON NEGOTIATING AS NEW INSTITUTE OF THE RUSSIAN CIVIL LAW

Tatiana Safronova

Associate professor of the Voronezh State University (Russia)

E-mail: stn71@mail.ru

Abstract

In article the new institute of civil law adopted during reformation of the civil legislation of the Russian Federation - negotiations on signing of the contract is analyzed. Prerequisites in the Russian legislation institute of negotiations, the contractual order of negotiating are considered. The author delimits the agreement on negotiating from other designs preceding the conclusion of the civil contract. In the work the most important terms of agreement about are analyzed

Keywords: negotiations on the conclusion of the civil contract, agreement on negotiating, obligation of the parties of the agreement on negotiat, good faith of the negotiations parties

1. Введение

В ходе крупномасштабной реформы гражданского законодательства в части первой Гражданского кодекса РФ впервые появились нормы, посвященные переговорам о заключении гражданско-правового договора (ст. 434.1 ГК РФ). Названное нововведение, на наш взгляд, не является революционным и не дает оснований для вывода о закреплении в договорной сфере особого типа отношений, ранее неизвестных для участников гражданского оборота. На самом деле возможность ведения контрагентами переговоров о заключении основного договор не исключалась законодательством и постсоветского периода. Отношения, предшествующие договорным, широко регламентировались в Гражданском кодексе РФ и до нововведений. На это обращается внимание в юридической литературе. Так М.Н. Малеева, отмечает, что определение формы и содержания оферты, правил выражения акцепта является способом организации переговоров. Регламентированные нормативными правовыми актами обязанности, которые возлагаются на субъектов до заключения договора определенного вида, автор рассматривает также как элемент переговорных отношений¹.

2. Предпосылки закрепления в действующем гражданском законодательстве института переговоров

Безусловно, в действующем законодательстве достаточно примеров регламентации отношений лиц, предшествующих заключению между ними основного договора. В отношениях, связанных с заключением публичных договоров, всегда присутствует обязанность по информированию сильной стороной потенциальных потребителей об условиях продажи, свойствах товара, особенностях выполнения работ и оказания услуг. Признаки оферты и акцепта как стадий заключения гражданско-правового договора отражаются не только в действующем гражданском законе, но закреплялись в советском законодательстве. В общей части Гражданского кодекса РФ еще до его реформы содержались нормы о предварительном договоре (ст. 429 ГК РФ); современному транспортному законодательству известны договоры об организации перевозок как вид соглашений, направленных на заключение договора перевозки груза, истоки регулирования которых кроются в советском законодательстве. Некоторым отголоском законодательства плановой экономики, уделявшего значительное внимание порядку заключения договора поставки, является механизм согласования условий договора и урегулирования преддоговорных разногласий применительно к договору поставки (ст. 507 ГК РФ).

Определенную почву для закрепления в законодательстве преддоговорных отношений создала и отечественная наука. Известному советскому ученому О.А. Красавчикову принадлежат заслуги в разработке концепции так называемых организационных отношений. Автором выделяются не только организационные отношения, построенные на началах субординации, характерные для плановой экономики, но и организационные отношения, относящиеся к предмету гражданского права, предполагающие координацию, а не субординацию участников. Среди последних ученых выделял

¹ См.: Малеева, М.С. Переговоры о заключении договора (понятие, правовое регулирование, правила) // Журнал российского права. 2016. №10., с 37.

организационно-предпосылочные отношения. Автор видел их сущность в том, что «в результате становления и реализации данных отношений происходит завязка, а в определенных случаях и последующее развитие отношений имущественно-правовых»². Заметим, что ст. 434.1 ГК РФ практически не регламентирует порядок ведения переговоров. В нормах этой статьи не выделяются этапы переговорного процесса, не определены существенные условия соглашения о порядке ведения переговоров, весьма общим и неисчерпывающим образом упомянуты возможные условия такого соглашения. Сам механизм переговорных действий в чистом виде, тактика поведения сторон переговоров косвенно связаны с цивилистической материи. Действия сторон переговоров во многом лежат за пределами предмета гражданско-правового регулирования, относятся к сфере делового общения, социальной и организационной психологии, переговорных техник. Однако с введением в отечественное гражданское законодательство названной статьи законодатель впервые в общем виде, безотносительно к отдельным договорным сферам, повел речь о стандартах добросовестности участников переговоров. Главная ценность новых норм, на наш взгляд, состоит в создании основы для возложения преддоговорной ответственности на лиц, еще не являющихся сторонами основного гражданско-правового договора.

Такая ответственность выступает следствием нарушения стандартов добросовестности, которые правопорядок требует от этих лиц. Определенные позиции по этому поводу уже сформулированы Верховным Судом РФ. Так в Постановлении Пленума №7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» отмечается, что судам следует исходить из презумпции того, что каждая из сторон переговоров действует добросовестно и само по себе прекращение переговоров без указания мотивов отказа не свидетельствует о недобросовестности соответствующей стороны. При этом на истце лежит бремя доказывания того, что, вступая в переговоры, ответчик действовал недобросовестно с целью причинения вреда истцу, например, пытался получить коммерческую информацию у истца либо воспрепятствовать заключению договора между истцом и третьим лицом. Вместе с тем недобросовестность действий ответчика предполагается, если имеются обстоятельства, предусмотренные статьей 434.1 ГК РФ. В этих случаях ответчик должен доказать добросовестность своих действий (п.19)³.

3. Место соглашения о переговорах в системе преддоговорных отношений

Несмотря на появление в Гражданском кодексе РФ статьи с соответствующим названием, легального определения переговоров в гражданско-правовых нормах не содержится. В юридической литературе сфера переговоров, границы действий лиц, предшествующих заключению основного договора, которые могут быть отнесены к переговорам, неоднозначно определяются разными авторами.

По мнению французского цивилиста Б. Фоварк-Коссона, «переговоры в широком смысле включают в себя, в том числе, соглашения о ведении переговоров,

² Красавчиков, О.А. Гражданские организационно-правовые отношения // Антология уральской цивилистики. 1925-1989: Сборник статей. М.: Статут, 2001, с. 163.

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 5, с.22.

предварительные договоры, оферту и акцепт»⁴. Такой подход может иметь место при понимании переговорных отношений в очень широком смысле.

На наш взгляд, наличие норм об оферте или акцепте само по себе еще не означают регламентацию в законе процедуры переговоров. Схематичное обозначение стадий заключения договора не охватывает всего многообразие действий будущих сторон по выработке и согласованию условий основного договора. Такой простой механизм, как направление оферты и ее оперативное принятие адресатом, мало подходит для установления сложных договорных отношений в предпринимательской сфере. Характеризуя преддоговорные соглашения в целом, А.Н. Кучер отмечает, что такие соглашения определяют некое промежуточное состояние между не-договором и договором. Стороны только переговариваются, но уже нельзя признать и полное отсутствие договора между сторонами, ведь они уже на что-то согласились (на то, что будут вести переговоры, на некоторые условия будущего договора)⁵.

Из анализа содержания ст. 434.1. ГК РФ М.Н. Малеина выводит собирательный термин «соглашение о переговорах по поводу заключения договора», в рамках которого ею выделяются соглашения о процедуре переговоров и соглашения о содержании основного договора. В числе последних автор называет предварительный и рамочный договоры, а также соглашение о предоставлении опциона на заключение основного договора. При использовании модели смешанного договора участники переговоров включают в соглашение условия как о переговорных процедурах, так и о выработке позиций по содержанию условий основного договора⁶.

Нетрудно заметить, что автор ведет речь о различных типах соглашений, предшествующих основному договору. Эти соглашения предваряют во временном смысле основной договор и подготавливают его заключение.

На наш взгляд, некоторые из названных преддоговорных конструкций, а именно предварительный, рамочный договоры могут содержать в себе условия о ведении переговоров по поводу заключения основного договора. Однако соглашение об опционе как новая конструкция гражданского права (ст. 429.2 ГК РФ) не содержит в себе возможности ведения переговоров. Суть опциона сводится к предоставлению за плату одной стороной соглашения другой стороне безотзывной оферты с тем, чтобы вторая сторона могла направить акцепт в рамках установленного для этого срока. Представляется, что дальнейшее ведение переговоров данная преддоговорная модель исключает, поскольку условия будущего договора определены в самой оферте, а неопределенность состоит только в том, акцептует ли вторая сторона соглашения оферту.

4. Основания возникновения правоотношения по ведению переговоров о заключении гражданско-правового договора. Вводя в Гражданский кодекс РФ новую статью (ст. 434.1), законодатель ориентировался на соглашения о порядке ведения переговоров как самостоятельную конструкцию, выступающую одним из оснований возникновения переговорного правоотношения между субъектами частного

⁴ Фоварк- Коссон, Б. Переговоры о заключении и пересмотре договора: французская перспектива // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 2013. №2, с. 42.

⁵ См.: Кучер, А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут, 2005, с. 266.

⁶ См.: Малеина, М.Н. Указ. соч., примечание 1, с. 38.

права. Название этих соглашений может быть различным (меморандум о взаимопонимании и т.д.). При квалификации такого соглашения, не отталкиваясь лишь от его названия, следует оценивать намерения сторон вести переговоры о заключении основного гражданско-правового договора. Оно не устанавливает условия будущего договора, не порождает обязательство его заключить договор, его предметом является сама процедура ведения переговоров. В итоге заключение основного договора может не состояться, если стороны переговоров не сумели достичь соглашения по существенным условиям договора. Норма статьи 434.1 ГК РФ подчеркивает, что стороны не отвечают за то, что соглашение не достигнуто, а правила статьи применяются независимо от заключенности договора.

Соглашение о ведении переговоров занимает место среди договорных конструкций, направленных на организацию договорных связей, на заключение гражданско-правового договора. В отличие от ряда иных конструкций такое соглашение, как уже отмечалось, не порождает обязанности заключить основной договор. Соглашение о переговорах отличается от основного договора в первую очередь тем, что не порождает обязательство по осуществлению предоставления, выражающееся классической римской формулой «дать, сделать, предоставить».

Можно ли считать само соглашение о порядке ведения переговоров разновидностью гражданско-правовых договоров? Следует отметить, что под термином «договор» в нормах обязательственного права понимается не только основной договор, порождающий обязательственную связь сторон, но и сопутствующие или предшествующие ему конструкции. В частности, этот термин используется для обозначения предварительного, рамочного договоров, договора об организации перевозок грузов. М.Н. Малеина считает, что термин соглашение используется применительно к данной конструкции исключительно для исключения смешения ее с основным гражданско-правовым договором. Она определяет соглашение о процедуре переговоров (переговорных процедурах) как «гражданский договор, в силу которого стороны обязуются принять меры по организации процедуры переговоров для заключения основного договора (в частности, участвовать в разработке документов переговоров, нести расходы на стадии переговоров, соблюдать конфиденциальность переговоров) в объеме, предусмотренном соглашением»⁷.

В юридической литературе выделяют договорный и бездоговорный порядок переговоров. С обозначением второго как бездоговорного нам трудно согласиться. Не стоит подменять отсутствие подписанного сторонами соглашения о ведении переговоров наличием или отсутствием самого соглашения о переговорах. Закон не устанавливает для такого соглашения письменную форму, тем более под страхом недействительности. Безусловно, что наличие письменного соглашения о переговорах делает отношения более определенными. Но его отсутствие не означает, что стороны не договорились о начале переговорного процесса. Момент возникновения обязанности к добросовестному ведению преддоговорных переговоров определяется моментом вступления партнера в переговоры, независимо от того, ведутся ли они устно или письменно. Это могут быть и конклюдентные действия, и ответы на предложения, свидетельствующие о намерении согласовывать договорные условия. Главное - наличие в действиях или ответах заинтересованности в обсуждении возможности

⁷ См.: Малеина, М.Н. Указ. соч., примечание 1, с. 39.

заключения договора в будущем. Не согласившись с этим, невозможно обсуждать условия будущего договора. Поэтому, на наш взгляд, рассуждения о бездоговорном порядке не вполне обоснованы. Для современной российской действительности заключение специальных соглашений о переговорах между предпринимателями, является, скорее, исключением. Правовая культура нашего бизнеса пока не доросла до этого, в то время как обсуждение условий договора активно ведется многими будущими сторонами перед заключением договора.

Вместе с тем порядок переговоров без заключения специального соглашения создает сложности в определении момента начала переговоров лиц, имеющих намерение заключить договор. Это важно для применения стандартов добросовестности и возложения преддоговорной ответственности. Так, Ю.С. Порфирьева отмечает, что «момент возникновения преддоговорных отношений должен связываться не с любым началом переговоров вообще, а именно со становлением наиболее близкого взаимодействия между сторонами переговоров по поводу заключения будущего договора»⁸.

Представляется, что к каждой ситуации определения начального момента возникновения преддоговорных отношений стоит подходить индивидуально, взвешивая все фактические обстоятельства дела. Обратимся к громкому делу о преддоговорной ответственности, ставшему предметом судебного спора. Речь об иске несостоявшегося арендодателя против ООО «Ашан» в связи с тем, что ответчик немотивированно прекратил ведение переговоров на стадии, когда сторонами переговоров был согласован окончательный проект договора. В постановлении Десятого арбитражного апелляционного суда отмечается, что «в ходе согласования всех существенных условий сделки, ответчик проводил юридический и финансовый анализ документации, направлял запросы на необходимые документы, согласовывал основные и детальные условия сделки по всем существенным, коммерческим и техническим условиям, неоднократно переносил и назначал новые даты ее заключения, чем позиционировал себя в глазах истца, как имеющий твердые намерения вступить с ним в договорные отношения»⁹.

Таким образом, мы считаем, что в любом случае ведение переговоров происходит на основании воли всех переговаривающихся сторон обсуждать возможность заключения гражданско-правового договора, на началах соглашения, оформление же специального соглашения – лишь вопрос о придании такой воле простой письменной формы.

5. Содержание соглашения о порядке ведения переговоров.

Под содержанием соглашения о ведении переговоров мы будем понимать совокупность его условий. Правило ст.432 ГК РФ императивно требует в любом гражданско-правовом договоре согласовывать существенные условия. Соглашение о ведении

⁸ Порфирьева, Ю.С. Обязанность к добросовестному поведению при ведении переговоров в российском и европейском гражданском праве // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А. В. Егоров и А. А. Новицкая. Т.1: Общая часть. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018, с. 240.

⁹ Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 19 сентября 2017 года по делу № А41-90214/16 // СПС Консультант Плюс.

переговоров, как отмечалось, не является основным гражданско-правовым договором, но и применительно к нему не следует игнорировать названное императивное положение. Любое соглашение, даже не отвечающее признакам классического договора, порождающего обязательство «дать, сделать, предоставить», должно иметь как минимум согласованный предмет, иначе его исполнение становится невозможным. Какие-либо иные существенные условия законодателем для соглашения о ведении переговоров не названы.

Что же является предметом соглашения о ведении переговоров? М.А. Егорова считает, что предмет этого соглашения точно определен законодателем как «порядок ведения переговоров»¹⁰. Возможно согласиться с этой позицией и считать, что предметом соглашения являются «в чистом виде» действия участников, направленные на согласование условий основного договора, который намерены заключить участники переговоров. Требования к кругу этих действий закон не прописывает, его определяют в соглашении сами договаривающиеся. В отличие от предварительного договора гражданский закон не требует от сторон переговоров определять в соглашении об их ведении предмет основного договора. Однако трудно представить ситуацию, в которой участники договариваются вести переговоры «ни о чем», не имея представления о том, какой основной договор они собираются заключить. По крайней мере, ими должна быть определена та правовая конструкция, к заключению которой они хотели бы прийти. Думается, что в общем виде это касается и предмета основного договора, хотя бы в виде определения родовых признаков вещей или сути будущих действий по договору об оказании услуг или выполнении работ. Не исключена ситуация, когда предмет основного договора достаточно четко определен на стадии заключения соглашения о ведении переговоров. Напомним, что в приводимом выше споре ООО «Ашан» стороны вели переговоры о заключении договора аренды вполне определенных помещений. Стоит упомянуть и положение п.1 ст.432 ГК РФ об отнесении к существенным условиям договора тех условий, относительно которых по заявлению одной стороны должно быть достигнуто соглашение. Думается, что это применимо и к соглашению о ведении переговоров, поэтому невключение в соглашение условия, на котором настаивала одна из сторон, способно привести к признанию самого соглашения незаключенным.

6. Обязанности сторон соглашения о ведении переговоров.

6.1. Общая характеристика обязанностей сторон соглашения о ведении переговоров.

Представляется, что обязанности сторон соглашения условно можно разделить на две группы. Одни из них вытекают непосредственно из положений законодательства. Скажем, Е.А. Крашенинников выделяет обязанность сторон воздерживаться от необоснованного отказа от ведения начатых переговоров и заключения договора¹¹. Представляется, что такая обязанность выступает следствием идеи добросовестности сторон применительно к вступлению в переговоры, закрепленной в ст. 434.1 ГК РФ, и возлагается на стороны независимо от содержания конкретного соглашения. Конечно,

¹⁰ См.: Егорова, М.А. Переговоры о заключении договора (комментарий к ст.434.1 ГК РФ) // Право и экономика. 2015.№12, с.22.

¹¹ См.: Крашенинников, Е.А., Байгушева, Ю.В. Обязанности при ведении преддоговорных переговоров // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 2013. №6, с.84.

переговаривающиеся вправе в своем соглашении конкретизировать общее понимание добросовестности поведения при ведении переговоров, закрепить дополнительный по сравнению со случаями, указанными в законе, перечень действий каждой из них, свидетельствующих о недобросовестном поведении в переговорном процессе, изначально определить ситуации, в которых отказ от продолжения переговоров будет рассматриваться как необоснованный.

Е.А. Крашенинников отмечает, что обязанности сторон переговоров можно разделить на *facere* (сделать), так и обязанности *non facere* (не делать, не совершать определенных действий). Иллюстрацией последней служит выделяемая им обязанность сторон воздерживаться от действий, причиняющих вред жизни, здоровью или имуществу партнера по преддоговорным переговорам. Представляется, что такая обязанность непосредственно не связана с относительным правоотношением сторон, вступивших в переговоры. Она следует из общего правового запрета причинять вред имуществу или личности другого лица, является элементом в большей мере абсолютного, нежели относительного правоотношения. Следовательно, ответственность за вред, причиненный стороне, с которой его причинитель ведет переговоры, не будет принципиально отличаться от ответственности за совершение деликта в отношении постороннего лица.

На наш взгляд, именно согласуемые лицами, вступающими в переговоры, обязанности по их ведению и составляют основу рассматриваемого соглашения. Поскольку в нормах Гражданского кодекса РФ о переговорах в силу лаконичности их правовой регламентации какого-либо, даже примерного перечня возможных моделей действий сторон не содержится, именно ради их регламентации и детализации возникает необходимость заключать специальное соглашение такого рода.

6.2. Характеристика обязанностей сторон соглашения о переговорах, устанавливаемых самим соглашением

Подчеркнем, что в основе своей они носят организационный неимущественный характер, что обусловлено сущностью соглашения о ведении переговоров, не предполагающего по своей природе встречного предоставления. Однако не стоит исключать и некоторый имущественный компонент в обязанностях участников переговоров.

Важный блок обязанностей участников касается самой процедуры ведения переговоров, действий, совершаемых сторонами в ходе переговоров. Партнеры могут оговорить периодичность, время и место проведения встреч, в рамках которых будут вестись переговоры, способы организации контактов и информирования сторонами друг друга (личные встречи, телефонные переговоры, обмен письменными предложениями и ответами на них). В последнем случае значимым может быть указание электронных адресов для направления предложений. В соглашении может устанавливаться обязанность одной из сторон подготовить и предоставить помещение для встреч по обсуждению условий будущего договора. Речь может идти также о предоставлении и демонстрации в рамках таких встреч образцов продукции, по поводу которой планируется заключение гражданско-правового договора. Не исключено и условие о том, что та или иная вещь будет передаваться одной стороной другой стороне для некоторой пробной эксплуатации. Весьма вероятно, что ряд из названных аспектов не может быть предусмотрен заранее, а новые договоренности сторон возникают в

процессе самих переговоров по мере конкретизации сторонами условий будущего договора, выявления новой информации, имеющей значение для его заключения.

Кроме этого соглашение о ведении переговоров может касаться имущественной стороны их организации и проведения. По общему правилу каждая сторона самостоятельно несет расходы, связанные с участием в проведении переговоров (п.1 ст. 434.1 ГК РФ). Однако пункт 5 названной статьи допускает установление в соглашении порядка распределения расходов на ведение переговоров. В частности, одна из сторон, более заинтересованная в результате переговоров, может взять на себя обязательство по оплате транспортных расходов другого участника, стороны могут договариваться о распределении расходов по аренде помещения, в котором ведутся переговоры, расходов, связанных с демонстрацией и опробированием образцов продукции.

Среди регламентируемых соглашением обязанностей сторон переговоров интересны и обязанности по предоставлению участниками друг другу информации. Безусловно, характер предоставляемой информации в рамках соглашения о ведении переговоров обусловлен типом основного договора, к заключению которого стремятся договаривающиеся стороны.

Из информационной обязанности логически следует обязанность стороны, получившей информацию, предоставленную в качестве конфиденциальной, не раскрывать ее содержание и не использовать ее ненадлежащим образом. В императивном виде эта обязанность, будучи изложенной в п.4 ст. 434.1 ГК РФ, вытекает из указания закона. Но само соглашение о порядке ведения переговоров способно играть роль в регламентации этой обязанности, поскольку перечень информации, относящейся к конфиденциальной для сторон, допустимо и целесообразно закрепить в соглашении о ведении переговоров. Отсутствие указания на такую информацию в соглашении о ведении переговоров не лишает права сторону, предоставившую ее, в последующем обосновывать наличие у информации признаков секрета производства, закрепленных в ст. 1465 ГК РФ. Важным видится наличие представления у получившей сведения стороны о наличии в них признаков секрета производства, значимости информации для правообладателя и принятии им мер по обеспечению ее конфиденциальности.

Еще одна договорная обязанность сторон соглашения может быть обозначена в виде распространяющегося на участников переговоров запрета на ведение их в отношении того же предмета с другими лицами. Такая обязанность непосредственно не следует из положений гражданского законодательства, однако договаривающиеся не лишены права предусмотреть подобный запрет в своем соглашении. Запрет может иметь приобретать особую значимость в ситуации, когда заключение гражданско-правового договора с одним лицом исключает возможность заключения аналогичного договора с другими лицами, например, если предмет будущего договора является индивидуально-определенной вещью. Думается, что при отсутствии в соглашении прямого запрета ведение переговоров одновременно с несколькими лицами не является недопустимым, ведь у стороны нет уверенности в окончательном результате переговоров – достижении соглашения по основному гражданско-правовому договору. Опасения, что одна из сторон не исключает заключение договора с другим лицом, способно «подстегнуть» вторую сторону к оперативному обсуждению условий будущего договора, а возможно, и к определенным уступкам по его условиям. Однако одновременное ведение переговоров с несколькими потенциальными контрагентами должно укладываться в рамки идеи добросовестного поведения при ведении переговоров. В качестве

недобросовестного следует рассматривать, в частности, сокрытие от одного из контрагентов, с которым ведутся переговоры, информации, необходимой для заключения будущей сделки, внезапное прекращение переговоров с одним из контрагентов, который он не мог разумно ожидать такого поведения. Так Ю.С. Порфирьевой приводится показательный пример из судебной практики Германии. Одна сторона одновременно вела переговоры и о продлении договора аренды занимаемого другой стороной переговоров помещения, и тайным образом от первого контрагента о продаже этого же помещения при знании о том, что новый собственник не намерен продлевать договор аренды¹². Обсуждаемые в двух переговорных отношениях договорные конструкции, очевидно, носили разный характер, но собственник помещения скрывал от потенциального арендатора обстоятельства, связанные с невозможностью продления аренды при успешном исходе переговоров о продаже помещения.

Заключение

Введение положений об институте переговоров по поводу заключения основного договора в состав гражданского законодательства представляется нам оправданным. Однако положения ст. 434.1 ГК РФ носят довольно лаконичный характер в части определения содержания соглашения о ведении переговоров. Думается, что практика гражданского оборота и правоприменения постепенно внесет коррективы в положения о переговорных правоотношениях и о возложении преддоговорной ответственности. Думается, что российскими предпринимателями будет осознана ценность института переговоров, а их переговорные отношения будут строиться на обстоятельно проработанных сторонами соглашениях о ведении переговоров. Этому же должна способствовать и юридическая доктрина, давая теоретическое обоснование и осмысление действующим правовым нормам об отношениях, предшествующих заключению основного гражданско-правового договора.

Список использованной литературы

Специальная литература

- Егорова, М.А. Переговоры о заключении договора (комментарий к ст.434.1 ГК РФ) // Право и экономика. 2015. №12. С. 20-28.
- Красавчиков, О.А. Гражданские организационно-правовые отношения // Антология уральской цивилистики. 1925-1989: Сборник статей. М.: Статут, 2001. С. 156-164.
- Крашенинников, Е.А., Байгушева, Ю.В. Обязанности при ведении преддоговорных переговоров // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 2013. №6. С. 82-93.

¹² См.: Порфирьева, Ю.С. Указ. соч., примечание 8, с. 248.

Кучер, А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут, 2005. 363 с.

Малеина, М.С. Переговоры о заключении договора (понятие, правовое регулирование, правила) // Журнал российского права. 2016. №10. С. 36-46.

Порфирьева, Ю.С. Обязанность к добросовестному поведению при ведении переговоров в российском и европейском гражданском праве // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А. В. Егоров и А. А. Новицкая. Т.1: Общая часть. М.: ИЦП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 230-262.

Фоварк-Коссон, Б. Переговоры о заключении и пересмотре договора: французская перспектива // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 2013. №2. С. 41-59.

Правовые акты

Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая, вторая, третья и четвертая. М., Проспект, 2018. 704 с.

О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств: Постановление Пленума Верховного Суда РФ №7 от 24 марта 2016 года // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 5. С. 15-30.

Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 19 сентября 2017 года по делу № А41-90214/16 // СПС Консультант Плюс.

LEGAL REGULATION OF THE ABOLITION OF SERFDOM IN BALTIC GOVERNORATES OF THE RUSSIAN EMPIRE IN EARLY 19TH CENTURY: HISTORICAL BACKGROUND, REALISATION, SPECIFIC FEATURES AND EFFECT

Valdis Blūzma

Dr. hist., Professor

Turība University (Riga, Latvia)

valdisbl@yahoo.com

Abstract

This presentation is devoted to significant reforms - abolition of serfdom at the second decade of 19th century in three Baltic governorates of the Russian Empire. The author analyses the background to the abolition of serfdom noting that in this case not only the struggle of Estonian and Latvian peasants for their rights, but also the activities of liberal circles of Baltic German elite played a significant role. Abolition of serfdom in Baltic governorates was supported by liberally minded Russian emperor Alexander I. Landtag (Diet of knighthood) of every Baltic governorate adopted analogous Peasantry Laws – Estonian in 1816, Courland in 1817 and Livonian in 1819 which then were confirmed by emperor. These laws established terms of liberation of peasants, transitional period regulation, civil and administrative law of peasants, peasant courts and their competence, law of procedure, offenses against rules of administrative law. These reforms had a compromise character, because liberation of the peasants was performed basing on condition that all the farmland remains in the ownership of the landlords. The relationship between landowners and peasants further was regulated on basis of free lease contract. Initially the economic situation of peasants was worsened, because landlords could demand corvée and payments in kind as rent which was not limited by law as it was before. However, peasantry laws issued for Baltic governorates in the middle of 19th century prescribed mandatory selling of farmland to peasants, promoting the formation of the class of Latvian and Estonian bourgeoisie.

Keywords: *abolition of serfdom, liberation of peasantry, peasantry laws, transitional period, lease contract, limited rights*

Introduction

The serfdom was a legal status of majority of peasants in Medieval Europe who were bound to the plot of soil (*glebae adscriptii* - Latin) or to manorial area. They were in feudal dependency of their landlords, be subjected to their administrative and judicial power.¹ The

¹ Valters, P. comp., *Valsts un tiesību vēsture jēdzienos un terminos*. Divergens, Rīga, 2001, p. 50; *Serfdom*. In: Encyclopaedia Britannica. 24.06.2016. URL=<https://www.britannica.com/topic/serfdom>. Accessed 10

institute of serfdom started to form in Eastern Europe later than in Western Europe - in 15th century in Livonian Confederation and Russia. It was codified for the first time in Livonia in the end of 16th century by Riga lawyer David Hilchen.²

Abolition of a serfdom by adoption of the Peasantry Laws of Baltic governorates in the first half of 19th century is a vivid example of the strong impact of the legal reform initiated by a conservative political regime on social transformation of society and birth of Latvian and Estonian political nations through formation of class of rural bourgeoisie. Increasing of a political activity of these nations, put on the agenda the question of their self-determination, the successful solving of which was stimulated by political outcomes of 1917 Russian Revolution and World War I. This historical result of the reform of 19th century was not forecasted neither by Russian imperial elites, nor by German elites of the Baltic governorates, which perceived the reforms as appropriate to their economic and social interests and therefore strongly supported them.

1. Changes in legal status of peasants in Baltic governorates before abolition of serfdom (18th – early 19th century)

After Great Northern War (1700 – 1721) in which Russia triumphed, Sweden as a loser was forced to give up to Russia the territories of Swedish Livonia and Estonia. In 1795 the Russian Empire annexed also a territory of the Duchy of Courland in the course of the Third Partition of Poland. So, all three territories ruled by Baltic Germans from 13th century found themselves under power of the Russian Empire for the next 120 years.

The first half of 18th century under rule of Russia was a hard period for Estonian and Livonian peasants, because their legal status substantially worsened. Baltic German historian Alexander von Tobien had characterised the situation of Baltic peasants of that epoch in the following words: “The power of the landlords over the persons subordinated to them was almost unlimited. (...) Peasant rights to land were unsecured, corvée unlimited. (...) Cases of unfree persons sales without land occurred so often: yes, it occurred even that the serfs were openly auctioned.”³

The deterioration of the legal position of peasants in the Baltic governorates in the first half of 18th century was determined by a number of factors - nearly total lack of rights of serfs in Russia, the reception of Roman law in states of Germany, which facilitated the transfer of Roman slave status elements to the serfs, as well as, the economic conditions after the Great Northern War and aspiring of Baltic German nobility to strengthen its economic and political hegemony in Baltic region.

An important document showing the understanding of the legal status of peasants of that time by the Baltic German knighthood was the so-called “Rosen’s Declaration”.⁴

May 2019; Švābe, A. *Dzimtsbūšana*. In: Latviešu konversācijas vārdnīca. IV sēj., A.Gulbis, Rīga, 1929 – 1930, column 6394 – 6406.

² See Hilchen's code text in: Hoffmann, T., *Der Landrechtsentwurf David Hilchens von 1599. Ein livländisches Rechtszeugnis polnischer Herrschaft*. Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2007, pp. 185 – 282.

³ Tobien, A., *Die Agrargesetzgebung Livlands im 19. Jahrhundert*. Bd. 1. Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin, 1899, pp. 106, 110 – 111.

⁴ Ritterschafts Memorial. In: Merkel, G., *Die freien Letten und Esthen*. E.I.G. Hartmann, Riga, 1820, pp. 118 – 128.

Original title of this document prepared on 30th of November 1739 was “*Ritterschafts Memorial*” and it was an answer to question asked by Russian State Justice Collegium on scope of rights of Livonian landlords to their serfs. O. von Rosen as residing Landesraat – representative of Livonian knighthood declared that the native peoples of Baltic region lost their freedom and came under yoke of serfdom with the first conquest of the land by the knights of the German Order, and that vanquished were given to estates as “*homines proprii*”.⁵ In fact, studies of history show that this statement of Rosen was false, because indigenous peoples were personally free not less than two hundred years after conquest. Rosen made a conclusion that “if, in this way, the peasants with their person and body are completely subordinated to their lords and belong to them”, so no doubt that their chattels and belongings belong to their lords as well. The extent of the duties and corvée of the peasants is not an inviolable rule of the government, but only depends on the recognition and pleasure of landlords. “When the knights determine the duties of their serfs on their own discretion, it goes without saying that knights also have the power to increase, reduce, and modify property of their serfs at their own discretion”. Regarding to penalties for peasants, Rosen argued that in former times the knights had the right to sentence on the life and death of the peasants, but these rights have been voluntarily waived by the knighthood, preserving home punishment rights which are recognised by government and applied by landlords with moderation. In fact, Livonian knighthood unlike knighthood of Duchy of Courland never received the privilege to *jus vitae et necis* of their peasants.

Rosen’s Declaration tried to prove that the serfs historically had a legal status liken to status of Roman slave. Acceptable is thought of Latvian historian A.J.Blumbergs that Baltic German knighthood aspired to institutionalization of serfdom by optimal from its viewpoint legal construction.⁶ Highly likely that Rosen hoped that his memorial would be accepted by State Justice Collegium with legal effect, but it did not accept it. Despite of this, the courts of Livonian governorate applied “Rosen’s Declaration” in cases of peasant disputes with their landlords.

One another attempt of Baltic German elite in the thirties of 18th century “to bond the peasants to the land by changing their legal status from that of serf to *de facto* slave”⁷ was made by Livonian landtag (Diet of knighthood) through codification of local law. Legislative commission established on order of Peter II of 1728 completed its work in 1737 by submitting to landtag a draft-code “Knighthood and Land Law of the Duchy of Livonia”. It was adopted by landtag and sent to Senate in St. Petersburg for final approval, but without any success. The codifiers characterized the legal status of the peasants in Part IV of draft-code “Property Law and Law of Obligations” as immovable property of landlord unalienable from the main property – a manor. So, for the first time the serf was characterized as object, that obviously pointed to status of a slave.⁸

From the second half of the century, the impact of Enlightenment ideas on the Baltic and Russian society increased. In the context of the theory of natural law, the notions of inalienable

⁵ Vīgrabs, J., “*Rozena deklarācijas*” *sastādīšanas gaita un viņas vēsturiskā nozīme*, Izglītības Ministrijas Mēnešraksts, No. 12, 1925, pp. 581 – 582.

⁶ See also: Blumbergs, A.J., *The Nationalization of Latvians and the Issue of Serfdom: The Baltic German Literary Contribution in the 1780s and 1790s*. Cambria Press, Amhurst, 2008, pp. 56 – 57.

⁷ Blumbergs, *ibid.*, p. 53.

⁸ Kalniņš, V. *Latvijas PSR valsts un tiesību vēsture. I d. Feodālisma un topošā kapitālisma laikmets. XI – XIX gs.* Zvaigzne, Rīga, 1972, p. 208.

human rights and the right of every person to freedom spread. Liberal humanists of Baltic German circles from Johann Georg Eisen in sixties⁹ to Garlieb Merkel in nineties¹⁰ began their active publicist work, appealing for abolishing of serfdom in Baltics. Regular peasant unrest in the Baltics, which arose mainly due to abuses in tax determination or collection practised by landlords who paid taxes to Crown for their peasants and then instead asked from peasants duties which value was noticeably higher (for 40-50%) than tax, as well as, not fixed working hours of corvée in manor also played a significant role in the reform process.

It is necessary to add, that the will of Russian emperors in system of absolute monarchy was crucial in legal improvement of the conditions of peasantry in Baltic governorates. Emperors of Russia as Catherine II and her grandson Alexander I were inspired to follow the ideas of enlightened absolutism and liberalism and this position gave a real chance for support of monarch to reforms.

It is known that Catherine II discussed with J.G.Eisen on improving the situation of Livonian peasants by abolition of serfdom and initiated to publish his article on this issue.¹¹ She visited Baltic governorates in 1764 for better understanding of the situation personally and gave there instructions to General-Governor of Riga George Browne about necessary steps for improvement of peasants situation.

In 1765 the Livonian landtag was forced to accept the resolution requested by G.Browne, because he threatened that he will ask empress to issue a government law on this account. On this resolution a patent of the General-Governor was issued on 12th April 1765,¹² by which peasants obtained the property rights to their movable property, corvée and taxes of peasants had to be collected on the base of the cadastral value of their land which was fixed in so called “payment books” (*Wackenbücher*) in period of Swedish Livonia, the “home punishment rights” of the landlords to punish their peasants were limited to 30 strokes, the right of peasants to bring the oral complaints on landlord before police court was accepted, the separate selling of serfs without land was prohibited.¹³ The similar rules were adopted for Estonian governorate by regulative of 1802.¹⁴

The serious problem of dissatisfactory implementation of the patent of 1765 was that it was not published in local – Latvian and Estonian languages. So, peasants were not properly informed about its rules, and it gave a chance for landlords to ignore it. Seeing that patent of 1765 was not observed by landlords, emperor Paul I in 1800 even declared to all Livonian nobility that if the duties of peasants will be increased over the limits of payment books the private estates would be taken over by Crown.

The next step to improve and stabilize the status of peasants in Baltic region before abolishing of serfdom was adopting of Livonian Peasantry Law on 20th of February 1804.¹⁵ It was worked

⁹ *Eines Liefländischen Patrioten Beschreibung der Leibeigenschaft, wie solche in Liefland über die Bauern eingeführet ist.* In: Sammlung Rußischer Geschichte. Band 9, Stück 4,5,6. Keiserl. Akademie für Wissenschaften, St. Petersburg, 1764, pp. 491 – 527.

¹⁰ Merkel, G., *Die Letten vorzüglich in Liefland am Ende des philosophischen Jahrhunderts*, H. Gräff, Leipzig, 1797.

¹¹ Stepermanis, M., *Pirmās cīņas par dzimtbūšanas atcelšanu Vidzemē 1750 – 1764*, Izglītības Ministrijas Mēnešraksts, No. 11, 1931, pp. 438 – 453.

¹² *Inhalt der in der rigischen Statthaltschaft emanirten gedruckten Patente bis 1710 bis Ende 1788.* Frölich Erben, Riga, s.a., p. 3.

¹³ Švābe, A., *Latvijas vēsture 1800 - 1914*, I, Avots, Rīga, 1991, p.48.

¹⁴ Iggäüks, kes nouab sannakulik ja öige olla ... J.H. Gressel, Tallinn, s.a.

¹⁵ Положение о крестьянах Лифляндской губернии, 1804. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXVIII, № 21162.

out on the base of 12 points which were initiated by emperor Alexander I and prepared by rector of Dorpat University Georg Parrot, who supported abolishing of serfdom, and liberally oriented member of Livonian Landesraat Friedrich Sievers.¹⁶ A serious problem for Russia at that time was regular peasant unrest in Livonia, and it was the powerful Kauguri uprising of 1802 that pushed for the expeditious realization of reform. Its aim was to change the institute of serfdom from bondage to landlord person to bondage to manorial area, restricting the arbitrariness of landlord. So, it was an attempt to return to classical understanding of serfdom institute abolishing the elements of slave status. Livonian Peasantry Law was published not only in Russian and German,¹⁷ but also in Latvian¹⁸ and Estonian for better knowledge of its rules by local peasants.

New law did not give peasant the right to leave his manorial area without permission of landlord, but landlord had no more rights to separate the peasant from his farmland against his will. Peasants could be sold with their farmland only. The law had recognised property rights of peasants not only to movable property (Art. 45) but also to immovable property (Art. 17). The Livonian Peasantry Law introduced a new institute - "affiliated inventory" for that part of movable property which was necessary for normal farmer's business – seed-grain for sowing, 2-3 horses for agriculture works, 5-12 cows for cattle breeding, agricultural tools. The affiliated inventory was inalienable from farmland, so it was not considered as a property of peasant. Law abolished so-called "flue pipe right" which was established in Swedish Livonia prescribing that person which started to manage a farm on landlord's land became a serf of his landlord after term of ten years. Henceforth, free person would start to manage a farmland in manor area on lease contract with landlord only in which the term of lease was fixed. In Latvian text of law this change was explained as "a free man is always a free man, although God knows how many years he would live on the land of the manor".¹⁹ (Art. 15).

Livonian Peasantry Law of 1804 recognised the property rights of landlord on land used by peasants, but on farmland of peasant it was *dominium directum* only, because landlord had no more rights to attach farmland or its part to manor land. The peasants had only possession rights on the land of their farms, but the children of peasants (the eldest son traditionally) had the right to inherit these possession rights (Art. 32).

Peasants also obtained a freedom of marriage.²⁰ They had no more obligation to ask landlord's consent for marriage, new law indicated that landlord must be only informed about marriage (Art. 10). Change of personal status of peasants established new order for payment of taxes. Henceforth, the peasants themselves as subjects of the Russian Empire paid their taxes to state. Livonian Peasantry Law of 1804 mentioned three legal grounds when the peasant might be deprived from his possession rights on farmland:

- 1) when the debts on his farm were two times bigger than value of the farmland;
- 2) when the old debts were not repaid more than six years and totally with new debts were two times bigger than value of the farmland;
- 3) when the peasant lowered down his farm so that a parish court made a decision that he is incapable to manage his farm (Art. 40).

¹⁶ Švābe, *Latvijas vēsture 1800 - 1914*, pp. 68 – 75.

¹⁷ Verordnung, die Bauern des Livländischen Gouvernements betreffend. Riga, 1804.

¹⁸ Likkumi preeksch Widzemes zemneekem. Riga, 1804.

¹⁹ Švābe, A., *Latvijas tiesību vēsture*. III daļa. LU stud. Padomes grāmatnīcas izdevums, Rīga, 1934, p.57.

²⁰ Švābe, *Latvijas tiesību vēsture*, p.54.

In all these cases the decision was not made by landlord, but by rural municipality court and had to be confirmed by parish court to come in effect. If the parish court found that request to deprive possession rights of peasant to farmland was well-grounded, possession rights were handed over to elder son usually or the next of kin, if peasant had no sons.

Livonian Peasantry Law formed new system of judicial remedy of the peasant in dispute with landlord. The first instance for peasant action was a rural municipality court which had a competence to explain the merits of the case to peasant. Before bringing an action before the court the peasant had an obligation to inform a landlord about complaint and the rural municipality court had to certify that peasant tried to solve dispute with landlord personally, but without success. The second instance was a parish court which competence was to achieve an amicable solution between peasant and landlord by the meditation procedure (Art. 108). If parties were not ready to reach an agreement than peasant might start an action in the third instance – a land court which was a first instance for adjudication of case. If the judgement of this court did not satisfy any party, it had a right to submit an appeal to the Department of the Peasants Cases of the Court of Justice of Livonia (Hofgericht) which was the last instance for the peasant disputes. Peasants had no rights to empower lawyers to act as their representatives in any judicial instance,²¹ because it would ask large expenses for peasant and would delay a litigation.

“The home punishment rights” were retained in Livonian Peasantry Law, but landlord rights to punish peasants with corporal punishment had limited to 15 strokes or arrest for two days and it might be imposed to labourers from farms and to estate servants only, not to farmers (Art. 134-138).

From 27th August 1804 Livonian Peasantry Law was also applied in Estonian governorate, where it was supplemented by "The Rulebook for the Parish Courts".²²

2. Legal regulation of the abolishing of serfdom at the Baltic governorates

It seemed that Peasantry Law of 1804 stabilized the status of peasant and the abolition of serfdom was not a question of near future. When in 1803 small fraction in Livonian landtag initiated the abolishing of serfdom in Livonia till 1822 on the voting of this proposal on 4th of March it was rejected by 40 votes supported proposal against 105 votes.²³

But situation proved to be different in Estonian landtag when there was discussed question of approving of the Supplement Articles of 1809 to Livonian Peasantry Law of 1804 which were approved earlier at Livonian landtag and confirmed by emperor on 28th of February, 1809.²⁴ Estonian landtag decided that more profitable solution for knighthood would be abolishing of serfdom and transition to free contracts with peasants on condition that all the land of manor, including farmland, will be recognised as unlimited property of the landlords. In this case, the landlords would renounce the expensive duty to survey and assess the peasant land for

²¹ Švābe, *Latvijas tiesību vēsture*, p.58.

²² Gesetzbuch für die estländischen Bauern. J.H.Gressel, Reval, [1804]; Eestimaa Tallorahwa Kohto-Seadus ehk Walla-Kohto Kässo-ramat. J.H.Gressel, Tallinn, [1805].

²³ Švābe, *Latvijas tiesību vēsture*, p.54.

²⁴ Дополнительные статьи в пояснении Положения о правах и повинностях Лифляндских крестьян в 20-й день февраля 1804 года, 28 II 1809. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXX, № 23505; Auszug aus den Bauerverordnungen von 1804 und 1809 die Frohnleistungen betreffend. W.F.Häcker, Riga, [1842], pp. 49 - 64; Pielikti jauni likkumi par eeskaidroschanu un plaschaku isstahstischanu teem likkumiem no 1804.gadda. Riga, 1809.

determining the appropriate amount of duties and corvée from peasants but could set a lease that would be freely accepted by both parties. The landlords also would be free of their previous obligations of supporting their peasants in the years of crop failure, loss of cattle etc. This change of an attitude of Baltic German nobility to abolition of serfdom was partly caused by developments in neighbour states. In 1807 the serfdom was abolished in Prussia and in the Duchy of Warsaw. It was not restored after annexing of the main part of territory of the Duchy of Warsaw by the Russian Empire on the decision of Vienna Congress of 1815. The model of emancipation of serfs in the Duchy of Warsaw without granting them property rights to farmland was the same which was later applied in the Peasantry Laws of Baltic governorates.

In 1811 Estonian landtag worked out the main conditions for liberation of peasants – the landlords will renounce their rights on peasant's person and allow them to change their place of residence, all the manor area will become the unlimited property of landlord, and for using of farmland both parties will conclude the free lease contracts, peasants will have no rights to leave Estonian governorate and branch of agriculture. These conditions were accepted by Alexander I and after it a draft-law on abolition of serfdom was approved by Estonian landtag in January of 1812 and submitted to reviewing for Committee of Estonian affairs in St. Petersburg.²⁵ Because of French invasion in Russia in 1812 the procedure of revision of the draft-law delayed. In 23rd of May 1816, the first law on abolishing of serfdom in Baltics – Estonian Peasantry Law of 1816 was signed by emperor and came into force.²⁶

In Part 1 of this law Estonian nobility waived the right on personal dependence of peasants, receiving from the state confirmation of retaining of their property rights to all land of the estate. Part 2 of law declared 14 years long transitional period for emancipation of peasantry which was divided in three main categories – farmers, labourers of farms and servants of the estate. The peasants were freed of their serf status gradually, replacing duties of peasant by lease contracts which had to be concluded for not less than three years term. Payment to landlord for using of land by leaseholder usually was defined as a labour rent or payment in kind. Law also prescribed establishing of new bodies of rural self-government as community of estate with elected officials as elder, his deputy (both were elected from farmers) and other elected representatives, and rural municipality in which several communities of estate were included with elected representatives of rural area inhabitants - elder and his deputies, as well as, officials of police of the community of estate and of rural municipality, and members of the parish police courts and court of magistrates.

Part 3 characterized that rules which were in effect after ending of transitional period. They were devoted to organisation of self-government of rural communities, civil law, administrative law, some criminal regulations on responsibility for offences against administrative regulations, and regulations on judicial system and judicial procedure for peasants. Estonian Peasantry Law limited the freedom of movement for peasants. They had no rights to move to other governorates before increasing of male peasant population of Estonian governorate to 140,000 persons and had no rights to move to cities and towns of governorate before increasing of male peasant population of Estonian governorate to 120,000 persons. So,

²⁵ Švābe, *Latvijas vēsture 1800 – 1914*, p. 114.

²⁶ Учреждение для Эстляндских крестьян. 23 мая 1816 г. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXXIII, № 26278; Die estländische Bauerverordnung, am 23. Mai 1816. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXXIII, № 26278, pp. 670 – 849.

the area of economic activities of the peasants was strictly limited by agriculture and craft related to agriculture. This regulation reflected the fear of landlords of exodus of the peasants, especially rural labourers, to cities, where they could hope for better wages, and its possible negative impact on production of estates. The law also retained the system of corporal punishments, but henceforth the penalties had to be sentenced to labourers and estate servants by court of estate community or court of rural community for different disciplinary and administrative offences.

The next Baltic governorate which liberated the peasants from serfdom yoke was Courland. Courland governorate did not demonstrate any previous activities for improving the legal status of the peasants. The only exception was so called “manor laws” which were issued by some landlords to their peasants basing on Article 63 of “Statute of Courland” (1617) declaring that “every lord have a right to lay down special laws to his dependent serfs, yet non breaking the public law”.²⁷ In the second part of 18th century lords of three manors in Courland published their manor laws - of Ugale estate (1770),²⁸ Stende and Renda estate (1780)²⁹ and Strutele estate (1793)³⁰. After incorporating of the Duchy of Courland into the Russian Empire there were issued approximately 10 manor laws. After Courland Peasantry Law coming in effect in 1818 the manor laws became invalid because a power of landlord was replaced by autonomous power of peasant rural community. The manor laws were written in Latvian for applying by the members of the patrimonial peasant court appointed by landlord from administrators of estate and farmers. Characteristic feature of these manor laws was a declaration by landlord on the granting a right for peasants which correctly performed their duties to bequeath the use of their farmland to their sons if they would be with good reputation. In Courland never any regulation was issued on property rights of serfs or on amount of corvée or duties to landlord, the only criterion on amount of duties in estates of Courland was needs of a landlord.

The peasantry reform in Courland governorate was started on initiative of emperor Alexander I. By his order of 31st August 1814 to General-Governor of Riga marquis Filippo Paulucci the legislative commission of six members of Courland knighthood had established. Initially, in proposal of legislative commission it was brought before the idea of combination of elements from Estonian (free contracts between peasants and landlord) and Livonian (lifelong farmland using right for peasants without their personal liberation) peasantry laws. Evidently, Courland knighthood did not wish to abolish serfdom.

After review of this proposal Alexander I suggested Courland knighthood to choose one of two options for Courland peasantry draft-code - 1) to follow peasantry law of Estonian governorate and grant personal freedom to their peasants retaining full property rights for landlords to all the land of their estates; 2) to follow peasantry law of Livonian governorate with separation of manor land and farmland and registration of farmland in cadastre for correct calculation of peasants duties in payment books taking in account size and quality of land. Courland landtag on 4th of April 1817 with overwhelming majority decided to follow Estonian

²⁷ See in: Rummel, C., herausgegeben, *Die Quellen des Curländischen Landrechts*. Band I, Lief. 3. F. Kluge, Dorpat, 1848, p. 56, §. 63.

²⁸ Ābers, B., *Tiesa un taisnība Kurzemes un Zemgales privāto muižu likumos*, Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, No. 3, 1939, pp. 693 – 697.

²⁹ Ābers, B., *Stendes un Rendas muižu likumi (1780.g.)*, Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, No. 5, 1939, pp. 1253 - 1260.

³⁰ Struteles valsts likumi. – In: Blūzma, V., ed. *Latvijas tiesību avoti. Teksti un komentāri*. 2.sēj. Juridiskā koledža, Rīga, 2006, pp. 284 – 289.

pattern, because Courland nobility had no appropriate sums of money for farmland surveying, evaluation and registering in cadastre.³¹ On 25th of August 1817 the Courland Peasantry Law was approved by Alexander I.³² It was published in Russian and German language which was official in the Baltic governorates, and was translated in local - Latvian and Polish languages for using by Courland peasants.

A structure of the Courland Peasantry Law repeated that one of the Estonian Peasantry Law. It was declared in General Regulations (Part 1) that Crown and Courland knighthood waived their personal and hereditary rights on peasants and simultaneously were freed from their duties to peasants related with these rights. Courland nobility rights on land were retained in full amount basing on several historical acts. The further relations between peasants and landlords had to be based on private contracts and regulated by civil law.

Abolishing of serfdom was implemented gradually in transitional period of 14 years (Part 2) with ending this transition from dependent status of serf to free person status for all peasants on St George's Day – 23rd of April 1832. The serfs were also divided in three classes – farmers, their labourers and estate servants with different terms of liberation. Simultaneously with liberation of peasants there were formed new public authority bodies for governing a territory of free rural inhabitants – the community of civil parish (§ 118), district police authority which was under control of landlords (§ 122), parish court (§ 123).

Courland Peasantry Law also established a legal institute of affiliate inventory (§ 125). Farmers had no right to separate affiliate inventory from main property – farmland, if they decided to end the lease of their farm, because otherwise it would be impossible to continue the treatment of farmland for the next leaseholders. Farmer obtained a right to use his farmland on free lease contract with landlord on term not shorter than three years, but because of economic and social reasons he was a weak party in the process of concluding a lease of farmland, and “free equality of parties” was in fact fiction in period of limited rights of peasants to movement (e.g. prohibition to move over the boundaries of Courland governorate or to settle in the cities and towns of Courland governorate before number of male peasants will reach 200,000 in governorate (see § 553, 555)) or choice of occupation which was not related with agriculture (see § 554). Question of lease rent was not regulated by law with one exception, if farmer delivered his previous farmland and concluded new lease contract with another landlord. In such cases the term of lease had to be no longer than three years only and three quarters of rent had to be paid by labour rent and one quarter only – by payments in kind or money (§ 69). This rule evidently shows the efforts of legislator to prevent the changing of landlords by peasants.

Permanent Regulations of Peasantry Estate (Part 3) recognised the rights of liberated Courland peasants to movable and immovable property (§ 93), as well as, their rights to inherit property by law or testament (§ 105), to conclude different contracts.

Irrespective to the new status of free person “the home punishment rights” were retained for farmers to corporal punishment of their labourers for disciplinary offences (no more than 6 strokes by stick or lash) and landlords to their servants, labourers from farms and to farmers as well, if they worked dissatisfactory on manor land (no more than 15 strokes by stick or lash

³¹ Švābe, *Latvijas vēsture 1800 – 1914*, pp. 114 – 117; Lazdiņš, J., *Baltijas zemnieku privāttiesības (XIX gs.)*, Turība, Rīga, 2000, pp. 64 – 65.

³² Учреждение о Курляндских крестьянах 1817. Kurländische Bauer Verordnung. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXXIV, № 27024; Likkumu Grahmata par Kursemmes Semnekeem. Jelgawa, 1818.

or 2 days of arrest) (§ 170). Punished person had a right to make a complaint on exceeding punishment and if the court recognised that a complaint was well grounded it had a right to make a sentence to fine landlord for 1-5 silver roubles.

§ 192 of Courland Peasantry Law declared that the nobility of Courland waived its rights of civil and criminal jurisdiction of peasants preserving “the home punishment rights” and governing of district police only. In fact, although the civil parish court was elected for term of three years by farmers and labourers on parity grounds, indirectly landlords retained control over it because the parish meeting had to nominate three candidates to the post of parish elder, who simultaneously was the president of the parish court, and the posts of parish court assessors, but finally acceptable candidatures of the nominated ones were approved by the district police, which was under the administration of the landlord.

Parish court had a competence to adjudicate civil cases between peasants. If the defendant was a noble person, the application of plaintiff was sent to the court which had a jurisdiction to adjudicate cases of nobles. In hearing of cases, the local language (mainly Latvian) was used and the record of proceedings also was written in local language. Appeals on judgements of parish court had to be sent to the second department of Captain (*Hauptmann*) court. However, not every peasant who was not satisfied with the judgment of the parish court risked appealing it, because if the appellate court found that appeal was groundless the appellant could be sentenced to corporal punishment.

The last Baltic governorate which abolished the serfdom institute was Livonia where the appropriate draft-law was adopted by Livonian landtag in December of 1818 only. This relative delaying with liberation of Livonian peasants may be explained by discussion of Livonian nobility about which one of the peasantry laws – Livonian of 1804 with warranted possession rights of peasants on their farmland or Courland of 1817 with liberation of peasants without any rights on farmland would be the better effect on agrarian relations in Livonia. The last alternative had a strong support from Russian emperor Alexander I. Acting in his interests, General-Governor of Riga F. Paulucci made a pressure on Livonian landtag threatening with his resignation, if landtag will not follow to the lead of two other Baltic governorates. The efforts of Paulucci were successful and on 2nd of July 1818 landtag with common acclamation decided to grant personal freedom to Livonian peasants on the same principles as in Courland and Estonia. The draft-law, prepared by commission headed by Dorpat judge Reinhold Samson von Himmelstjerna, was adopted by landtag on 21st of December 1818 and approved by Alexander I on 26th of March 1819.³³

The codification of Livonian Peasantry Law was of better quality than previous two – Estonian and Courland peasantry laws. It also consisted of three parts, but unlike to previous codifications the general regulations and special regulations of transitional period were both included into Part 1. Part 2 was devoted to regulation of rights of peasants after their liberation and establishing of new authorities of administrative and judicial control of free rural inhabitants – meetings of rural community, two elders of rural community and their deputies, peasants court of rural community, police of estate under governing of landlord, parish court,

³³ Положение о Лифляндских крестьянах. Высочайше утвержденное 26 марта 1819 года. Liefländische Bauer-Verordnung. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXXVI, № 27734 – 27736; Likkumi Vidsemes Semneekem dohti. J. Steffenhagen und Sohn, Mitau, 1820; Lihwlandi-ma Tallorahwa Seadus. Schünmann, Tartu-Linnas, 1820.

district court and peasant department of Court of Justice (*Hofgericht*) of Livonian Governorate.

The Book 1 of Part 3 regulated procedure law in civil cases of peasants and in cases where one of the parties was landlord. The Book 2 was devoted to civil law branches which might be significant for peasants as family law, guardianship and trusteeship, property rights, succession law, contract law, especially, labour contract and lease contract regulations. The Book 3 of Part 3 regulated different subjects of administrative (police) law – order of recruitment of new soldiers for Russian army, magazines for peasant harvest storage, the chest of rural community, schools of rural communities and parishes, treatment of beggars, agent of rural community, fighting against fire and animal diseases, regulation of inns, as well as, offences against public order and public morality.

Continuous numbering of all the paragraphs of Livonian Peasantry Law of 1819 was more convenient for using than separate numbering of paragraphs in different parts of Estonian and Courland Peasantry Laws. Due to better codification technique the Livonian Peasantry Law had a smallest number of paragraphs – 658 only comparing with 773 paragraphs of the Estonian Peasantry Law of 1816 or 738 paragraphs of the Courland Peasantry Law of 1817. In common, these three acts were quite similar, but there were also some specific differences. So, Livonian Peasantry Law was the only one that contained a rule which asked all the freed peasants to obtain surname for themselves and their families for more effective police supervision over their movement (§ 11). The registration of surnames for peasants of Livonian governorate was started from 1822, but in Courland governorate a patent of Governor on this account was issued in 1834 only.³⁴

It should be noted that the abolition of serfdom was more rapid in Livonia than in Estonia or Courland. The transitional period there was only seven years in common, but the liberation of serfs in Livonian governorate was started on 23th of April 1823 and was ended in 1827, in period of four years. We need to take in account that freedom of movement was limited for Livonian peasants as it was limited for peasants of Estonia and Courland. The first three years after liberation they had rights to move in territory of their parish, the next three years – in territory of their police court (*Ordnungs-Gericht*) and after these six years peasants obtained a right to relocate freely at territory of all the Livonian governorate (§ 13 – 14). The unlimited right for movement at all territory of the Russian Empire had conferred them by the Livonian Peasantry Law of 1860 only which came in effect from 1863 (see § 242 – 245).³⁵

Some conclusions

The laws of abolition of serfdom in the Baltic governorates (1816 – 1819) may be characterized as a compromise between the goals of Russian government and the interests of Baltic German nobility. Apparently, these reforms were a pilot project of Alexander I, for the preparation of the abolition of serfdom in Russia, as well as, possibility to demonstrate for Europe a liberal ruling of Russian autocracy.

³⁴ Upelnieks, Kr., *Uzvārdu došana Vidzemes un Kurzemes zemniekiem*, Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, No. 2, 1936, pp. 237 – 249.

³⁵ Положение о крестьянах Лифляндской губернии. 13 ноября 1860 г. – ПСЗРИ. Собрание 2-ое, т. XXXV, отд. 2-ое, № 36312; Likkumi Widseemes semneekem. W.F. Häcker, Rihga, 1862.

The abolition of the serfdom opened new opportunities for Baltic German nobility for the development of the economy of their estates, using a free contract system with leaseholders as a tool for ensuring the higher efficiency of manor production. Proposals of several Baltic German liberal thinkers to emancipate peasants with granting them ownership or hereditary lease to farmland were ignored.

The peasants of the Baltic governorates could not take an active part in the preparing of the peasantry laws of 1816 - 1819 because they were not recognised as free persons with any political rights. However, they expressed their attitude to personal oppression, the unfair regulation of agricultural relations and practices in unrests and riots, which strengthened the position of reform supporters of liberal wing.

However, after the liberation of the peasants, several elements of the time of serfdom were preserved by law, which put the farmers in unequal condition in relations with the landlord. These elements included the restriction on freedom of movement, prohibiting peasants from settling in cities and towns, choosing non-agricultural jobs, prohibiting them to relocate to other governorates of the Russian Empire with the hope to obtain a cheap farmland there, etc. These restrictions were finally abolished in early sixties of 19th century. One another restriction was limitation of self-government of peasants, of competence of the bodies of rural communities by manor police even in procedure of the formation of these bodies, as well as, in procedure of making decisions. The further using of so-called "home punishment rights" by landlord was one another example of limitation of personal freedom of peasants. The home punishment rights as element of patrimonial power of landlord were finally abolished by law of 4th of June 1865 only.³⁶ Although the lease relationship between the landlord and the farmer was based on free contract principle, however, taking into account the constraints imposed on farmers which sharply limited the principle of free competition, the equality of the parties could not be ensured in any way.³⁷ The landlord was able to ask a labour rent from the farmer in amount that threatened the farmer's ability to manage the leased land successfully. The law for Estonian governorate on rights of every party of lease contract to replace the labour rent by money payments was adopted in 1865 only.

Considering that the economic situation of peasants in the Baltic provinces had not improved after the liberation of peasants, the Russian government decided to return to strict separation of the peasant farmland from estate land. Livonian Provisional Peasantry Law of 1849³⁸ and similar laws adopted at that time for other Baltic governorates prescribed that landlords of estates will be obliged to farm out or to sell farmland to every member of rural community. Adding of the plots of farmland to estate land was prohibited. This decision provided a way for full emancipation of peasants, who became independent farmers through buying the farmland. Also, Livonian nobles after the abolishing of labour rent in 1868³⁹ were forced to use paid workforce on estate land and so they were stimulated to sell farmland for its leaseholders.

The peasantry laws of the Baltic governorates of 1816 - 1819 gave peasants limited freedom, but they eliminated their personal dependence of landlords, which was the first step towards

³⁶ Высочайше утвержденное положение Остзейского комитета. – Об отмене телесных наказаний в Прибалтийском крае. 4 июня 1865 г. – ПСЗРИ, Собрание 2-ое, Отд. 1-ое, т. XL, № 42162.

³⁷ Егоров, Ю., *История государства и права Эстонской ССР*. Валгус, Таллин, 1981, pp. 108 – 109.

³⁸ Лифляндское крестьянское поземельное уложение 1849 года. - ПСЗРИ, Собрание 2-ое, т. XXIV, Отд. 1-ое, № 23385.

³⁹ Kalniņš, V., *Op. cit.*, p.284.

full acquisition of their personal rights. The landlords that acquired ownership of the farmland used by peasants as a compensatory measure for liberation of serfs were forced after few decades to sell farmland to peasants following the amendments of the land reform. These social changes stimulated the formation of national consciousness of free Latvians and Estonians.

List of References

- Auszug aus den Bauerverordnungen von 1804 und 1809 die Frohnleistungen betreffend. W.F.Häcker, Riga, [1842].
- Ābers, B., *Stendes un Rendas muižu likumi (1780.g.)*, Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, No. 5, 1939, pp. 1246 - 1260.
- Ābers, B., *Tiesa un taisnība Kurzemes un Zemgales privāto muižu likumos*, Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, No. 3, 1939, pp. 684 – 697.
- Blumbergs, A.J., *The Nationalization of Latvians and the Issue of Serfdom: The Baltic German Literary Contribution in the 1780s and 1790s*. Cambria Press, Amhurst, 2008.
- Die estländische Bauerverordnung, am 23. Mai 1816. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXXIII, № 26278.
- Eestima Tallorahwa Kohto-Seadus ehk Walla-Kohto Kässo-ramat. J.H.Gressel, Tallinn, [1805].
- Eines Liefländischen Patrioten Beschreibung der Leibeigenschaft, wie solche in Liefland über die Bauern eingeführet ist*. In: Sammlung Rußischer Geschichte. Band 9, Stück 4,5,6. Keiserl. Akademie für Wissenschaften, St. Petersburg, 1764, pp. 491 – 527.
- Gesetzbuch für die estländischen Bauern. J.H.Gressel, Reval, [1804].
- Hoffmann, T., *Der Landrechtsentwurf David Hilchens von 1599. Ein livländisches Rechtszeugnis polnischer Herrschaft*. Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2007.
- Iggauks, kes nouab sannakulik ja öige olla ... J.H. Gressel, Tallinn, s.a.
- Inhalt der in der rigischen Statthalterschaft emanirten gedruckten Patente bis 1710 bis Ende 1788*. Frölichs Erben, Riga, s.a.
- Kalniņš, V. *Latvijas PSR valsts un tiesību vēsture. I d. Feodālisma un topošā kapitālisma laikmets. XI – XIX gs. Zvaigzne, Rīga, 1972.*
- Kurländische Bauer Verordnung. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXXIV, № 27024.
- Lazdiņš, J., *Baltijas zemnieku privāttiesības (XIX gs.)*, Turība, Rīga, 2000.
- Liefländische Bauer-Verordnung. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXXVI, № 27734 – 27736.
- Likkumi preeksch Widzemes zemneekem. Riga, 1804.
- Likkumi Widseemes semneekem. W.F. Häcker, Rihga, 1862.
- Likkumi Vidseemes Semneekem dohti. J.Steffenhagen und Sohn, Mitau, 1820.
- Likkumu Grahmata par Kursemmes Semneekem. Jelgawa, 1818.
- Lihwlandi-ma Tallorahwa Seadus. Schünmann, Tarto-Linnas, 1820.
- Merkel, G., *Die freien Letten und Esthen*. E.I.G. Hartmann, Riga, 1820.
- Merkel, G., *Die Letten vorzüglich in Liefland am Ende des philosophischen Jahrhunderts*, H. Gräff, Leipzig, 1797.
- Pielikti jauni likkumi par eeskaidroschanu un plaschaku isstahstischanu teem likkumiem no 1804.gadda. Riga, 1809.

- Rummel, C., herausgegeben, *Die Quellen des Curländischen Landrechts*. Band I, Lief. 3. F. Kluge, Dorpat, 1848.
- Serfdom*. In: Encyclopaedia Britannica. 24.06.2016.
URL=<https://www.britannica.com/topic/serfdom>. Accessed 10 May 2019.
- Stepermanis, M., *Pirmās cīņas par dzimtbūšanas atcelšanu Vidzemē 1750 – 1764*, Izglītības Ministrijas Mēnešraksts, No. 11, 1931, pp. 438 – 453.
- Struteles valsts likumi. – In: Blūzma, V., ed. *Latvijas tiesību avoti. Teksti un komentāri*. 2.sēj. Juridiskā koledža, Rīga, 2006, pp. 284 – 289.
- Švābe, A. *Dzimtbūšana*. In: Latviešu konversācijas vārdnīca. IV sēj., A.Gulbis, Rīga, 1929 – 1930, column 6394 – 6406.
- Švābe, A., *Latvijas tiesību vēsture*. III daļa. LU stud. Padomes grāmatnīcas izdevums, Rīga, 1934.
- Švābe, A., *Latvijas vēsture 1800 - 1914*, I, Avots, Rīga, 1991.
- Tobien, A., *Die Agrargesetzgebung Livlands im 19. Jahrhundert*. Bd. 1. Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin, 1899.
- Upelnieks, Kr., *Uzvārdu došana Vidzemes un Kurzemes zemniekiem*, Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, No. 2, 1936, pp. 225 – 315.
- Valters, P. comp., *Valsts un tiesību vēsture jēdzienos un terminos*. Divergens, Rīga, 2001.
- Verordnung, die Bauern des Livländischen Gouvernements betreffend. Riga, 1804.
- Vīgrabs, J., “*Rozena deklarācijas*” *sastādīšanas gaita un viņas vēsturiskā nozīme*, Izglītības Ministrijas Mēnešraksts, No. 12, 1925, pp. 581 – 587.
- Высочайше утвержденное положение Остзейского комитета. – Об отмене телесных наказаний в Прибалтийском крае. 4 июня 1865 г. – ПСЗРИ, Собрание 2-ое, Отд. 1-ое, т. XL, № 42162.
- Дополнительные статьи в пояснении Положения о правах и повинностях Лифляндских крестьян в 20-й день февраля 1804 года, 28 II 1809. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXX, № 23505.
- Егоров, Ю., *История государства и права Эстонской ССР*. Валгус, Таллин, 1981.
- Лифляндское крестьянское поземельное уложение 1849 года. - ПСЗРИ, Собрание 2-ое, т. XXIV, Отд. 1-ое, № 23385.
- Положение о крестьянах Лифляндской губернии, 1804. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXVIII, № 21162.
- Положение о крестьянах Лифляндской губернии. 13 ноября 1860 г. – ПСЗРИ, Собрание 2-ое, т. XXXV, отд. 2-ое, № 36312
- Положение о Лифляндских крестьянах. Высочайше утвержденное 26 марта 1819 года. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXXVI, № 27734 – 27736.
- Учреждение для Эстляндских крестьян. 23 мая 1816 г. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXXIII, № 26278.
- Учреждение о Курляндских крестьянах 1817. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, т. XXXIV, № 27024.

CRITICAL REVIEW OF THE INCRIMINATION OF CRIMINAL ACTS AGAINST HONOR AND REPUTATION IN THE CROATIAN CRIMINAL LAW

Vanda Božić

PhD, Scientific Associate
Faculty of Law University of Zagreb
bozic.vanda@gmail.com

Abstract

The Criminal Code of 2011 introduced the criminalization of offenses of severe humiliation and insults on the model of the Swiss Penal Code. After that, there were several attempts for its decriminalization. After the entry into force of the new Criminal Code, the courts were difficult to deal with, which in 2015 led to its amendments. The amendments consisted in simplifying the provision on the inadmissibility of evidence of truth and good faith for embarrassment and the reinstatement of the provision on the exclusion of unlawfulness, now limited to insult and embarrassment. The paper seeks to find answers to the key questions raised in connection with crimes against honor and reputation after their amendments. The paper also covers the analysis of court practice and investigations of committed criminal offenses of severe embezzlement, insults and defamation. Concluding considerations point to certain suggestions of *de lege ferenda*.

Key words: *violation of human dignity, honor and reputation, insult, (severe) embarrassment, defamation, exclusion of unlawfulness.*

1. INTRODUCTION

Honor, as a normative term, in the narrow sense implies respect for a person or another social subject based on the very existence or social function, while honor in a wider sense encompasses a demand for respect for human dignity.¹ Everyone has the right to demand from another person to respect and not undermine their personal dignity. A child also has honor, while, for example, the reputation is still missing. Here we can see the distinction between categories of honor and reputation. Honor is the category that a person acquires by birth, while the reputation is a category that a person acquires through their life, work, and behavior. Honor and reputation, as an object of criminal law protection, reflect, on the one hand, the right to the recognition of human dignity by others, and on the other, the right to personal sentiment of values.²

Criminal offenses against honor and reputation, which protect human dignity, are incriminated in Chapter XV. of the Criminal Code of Republic of Croatia. These are three verbal offenses against honor and reputation: 1) **Insult** (art.147 CC RC), 2) **Grave**

¹ Novoselec P, *Zaštita časti i ugleda u novom kaznenom zakonu*, Proceeding of the Faculty of Law in Zagreb, 66, 2016, p. 180.

² Pavšić B, Grozdanić V, Veić P: *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007, p. 515.

embarrassment (art.148 CC RC) and 3) *Defamation* (art.148 CC RC). We should point out that while protecting human dignity, in particular honor and reputation, freedom of thought and free expression of thought are somewhat limited. Nevertheless, criminal law must not restrict the freedom of expression, as this would endanger the foundations of society as a democratic one.³

It should be noted that all criminal offenses against honor and reputation are persecuted by a private lawsuit, and that the law permits that criminal proceedings for the offense may also be initiated against a deceased person, by a private lawsuit of a spouse or a non-marital partner, a life partner or an informal life partner, parents, children, adopters, adoptees, brothers or sisters of a deceased person.⁴ Penalties that the legislator has foreseen for this group of criminal offenses are specific in the fact that only fines of up to 180 (hundred eighty) daily amounts may be imposed for the offense of insult and embarrassment, while for the offense of defamation a fine of up to 360 (three hundred sixty) daily amounts may be imposed.⁵ According to the stipulated sentence, these offenses are lighter, however, we can say that these offenses, by imposing these penalties, have largely come close to the misdemeanors, but their retention in the Criminal Code indicates their increased social danger in relation to the misdemeanors.⁶ Criminal offenses against honor and reputation are of particular interest to the public because of cases in which the defendants are public figures such as politicians, artists and athletes.

By the Constitution of Croatia, every citizen is guaranteed the right to human dignity,⁷ respect and legal protection of their personal and family life, dignity, reputation and honor. Therefore, freedom of expression is limited and binding to respect of dignity of any natural person with the obligation to refrain from doing any of the acts which disrespect and which in any way diminish their reputation in the community.

The paper will, through the historical narrative of incrimination, try to answer crucial issues of honor and reputation after their reform. The paper also contains a study of court practice in relation to the perpetrated criminal offenses of grave embarrassment, insults and defamation with possible suggestions *de lege ferenda*.

2. HISTORICAL OVERVIEW OF CRIMINALIZATION OF ACTS AGAINST HONOR AND REPUTATION IN THE CROATIAN CRIMINAL LEGISLATION

Following the adoption of the 1997 Criminal Code criminal offenses against honor and reputation have been amended several times. Distinction in relation to today's Criminal Code is reflected in the fact that, in addition to today's existing criminal offenses, also prescribed as criminal offenses were acts of revealing personal or family circumstances and

³Alaburić V, *Sloboda izražavanja i kaznenopravna zaštita časti i ugleda: teorijski i praktični problemi tranzicije u Hrvatskoj*, Croatian Yearbook of Criminal Law and Practice, Zagreb, Vol.3., No. 2/1996, p. 541 – 542.

⁴ Art. 150. st. 1. Criminal Code of Republic of Croatia (CC RC), Official Gazette No. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18.

⁵ Art. 148. par.1, art.149. par.1. *Ibid*.

See more: Cvitanović L. at all, *Kazneno pravo - posebni dio*, Faculty of Law in Zagreb, 2018, p.181.

⁶ Turković K. at all, *Komentar kaznenog zakona*, Faculty of Law in Zagreb, 2013, p.203.

⁷ Art.35. Constitution of the Republic of Croatia, Official Gazette No. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

reproaching someone for a criminal offense. The process of amending these criminal offenses has provoked sharp political controversy and public criticism in scientific and professional circles, as state officials then enjoyed special protection. Until 2006, it was possible for some of the incriminated criminal offenses against honor and reputation to pronounce a jail sentence, but after the aforementioned year, only a fine was prescribed for these criminal offenses.

Complete criminal justice reform in respect of offenses against honor and reputation was carried out in 2011 by abolishing the criminal offense of revealing personal or family circumstances⁸ and reproaching a criminal offense.⁹ Criminal offenses against honor and reputation were reduced to three specific offenses: *Insult* (Art. 147), *Embarrassment* (Art. 148) and *Defamation* (Art. 149). The Reform also repeals the provision that determines reasons for exclusion of unlawfulness of criminal offenses against honor and reputation.¹⁰ The amendments of the 2011 Criminal Code have incriminated a completely new criminal offense – embarrassment based on the Swiss Criminal Code. However, the courts have had a very hard time dealing with such criminal offenses, which necessarily led to new amendments to the 2015 Criminal Code, which were reflected in the simplification of the provision on the inadmissibility of evidence of truth and good faith in embarrassment and the reinstatement of the provision on the exclusion of unlawfulness, limited to insult and embarrassment, while the name of the criminal offense has been overturned into grave embarrassment.¹¹

3. CRIMINAL OFFENSE OF INSULT

At the beginning of the 19th century criminal laws determine the term of insult through a modern understanding of its meaning and thus attempt to incriminate the criminal offense of insult in the narrow sense thus differentiating it from the criminal offense of defamation and other similar criminal behavior. Insults has over time been profiled into a textbook example of a verbal offense, therefore insult is any manifestation that undermines a sense of personal value or expresses disrespect for the dignity of another person.¹² We can say that this is the consensus opinion of case law and legal theory, considering that there is no legal definition of insult. The existence of a criminal offense requires the existence of an insulting and improper statement, which does not really need to cover and factual claims, it is sufficient to constitute a negative value judgment about a person. It should be emphasized that the value judgment can not be proved because it is a personal and subjective claim that qualifies something as good/bad, true/false. Thus the judgment of the County Court in Bjelovar states that the defendant, who wrote about the plaintiff in the newspaper that he "is talking about him as a corrupt guy who is trying to accept everything that has personal gain", did not commit the offense of defamation, but insult, since it is a transfer of a value judgement that undermines the personality of the injured party.¹³

⁸ Art. 201. Criminal Code of Republic of Croatia 1997 (CC RC/97), Official Gazette No. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11.

⁹ Art. 202. *Ibid.*

¹⁰ Art. 203. *Ibid.*

¹¹ Op.cit. in note 1. p.449.

¹² Kokić M, *Novosti kod kaznenih djela protiv časti i ugleda, osobito kad su počinjena putem sredstva javnog priopćavanja*, Croatian Yearbook of Criminal Law and Practice, Zagreb, Vol. 5, No. 1/1998, p. 209 – 210.

¹³ The Judgment of the County Court in Bjelovar, No. Kž 393/93.

The insult is criminalized by the Art. 147 CC RC as a fundamental and qualifying offense. For a fundamental offense of insult (*who offends another*) the perpetrator shall be punished by a fine of up to ninety daily amounts.¹⁴ The qualifying form of offense consists of committing acts through press, radio, television, computer systems or network, at a public gathering or otherwise, making the insult more accessible to a larger number of people. For this more severe form of the criminal offense, the legislator prescribed a fine of up to one hundred and eighty daily amounts.¹⁵ The law also provides for the optional possibility of the offender to be released from punishment in two cases, the first being in the situation when the insulted person returns the insult, then the court can release both of the perpetrators from the punishment, if the perpetrator was provoked by the improper behavior of the injured party or the injured party accepted their excuse for the committed offense, then the court can release the perpetrator from the punishment.¹⁶ Optional release from the punishment Croatian lawmaker foresaw based on the Art.167 of the Slovenian Criminal Code.¹⁷ It should be noted that the unlawfulness of the offense is excluded if the manner of expression and other circumstances indicate that disrespect was committed to protect other justified interests, so in this case there is no criminal offense.¹⁸ In practice, this means that unlawfulness is excluded in the procedural sense - a criminal offense for which a perpetrator is charged does not constitute a criminal offense under the law, and accordingly it is necessary to make an acquittal.¹⁹

An insult can be committed with direct and indirect intent, so there must be an intent of insulting (*animus iniurandi*).²⁰ It can be directed towards one person, and the same act of insult can lead to several criminal offenses (homogenous ideal concurrence). There is no perpetration of offense and some other criminal offense against honor and reputation since insult is a subsidiary offense. The criminal offense of insult is completed when the person who has been subjected to insult or to whom the insult relates to learns about it. A person can be directly offended by a perpetrator, and can also find out about the content of the insult from another person. It should be emphasized that there is a need for awareness about the meaning and significance, which means that an insulting or derogatory statement or content must be recognized or perceived as such. In each case, the Court will assess whether a criminal offense of insult has been committed, taking into account all the circumstances of the particular case, and in relation to the content of the statement in the narrow sense, the public opinion, the customs of the place where the offense was committed and other circumstances which must be consistent with the notions of an average person on the offensive content in certain circumstances and the context of events in a given environment.²¹

¹⁴ Art.147. par.1. CC RC

¹⁵ *Ibid.* par.2.

¹⁶ *Ibid.* par.3/4.

¹⁷ Pavlović Š, *Kazneni zakon*, Faculty of Law in Rijeka, 2012, p. 304.

¹⁸ See § 193 Criminal Code of the Republic of German, available at: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/28/Germany/show>, viewed 01.06.2019.

¹⁹ Art.453. par.1. Criminal Procedure Act, Official Gazette No. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17.

²⁰ The perpetrator must be aware that a particular statement or other abusive act has disparaging content, that the content will be reported to the injured party or a third party, and that he or she wants or agrees to do so.

²¹ *Op. cit.* in note 5. Cvitanović L. at all. p. 187-190.

Considering the act of committing the offense, it can be committed by words (verbal insults, *iniuria verbalis*), symbols (symbolic insult, *iniuria symbolis*), while it may also be a so called formal (real, *iniuria realis*).

Verbal insult contains a negative judgment of another person that may be related to that person in general as well as their intellectual, physical or character properties. The ultimate goal of an insult is to deny or diminish the value of that person.

Symbolic insult implies the use of certain signs (symbols) such as gestures, facial expressions, facial mimics, body movements, unarticulated sounds, drawings and caricature representations whose offensive meaning is generally known or can be determined in a specific case.

Formal or real insult is accomplished by physical action on the body (*corpus*) by another person such as a slap, hair pulling, removal of shoes or clothing, pouring with a liquid, and the like. Some 19th and 20th century legislations, considered cutting or pulling hair, and slapping a physical injury and not a real insult. It should be noted that even in court practice it is quite a common problem of delimitation of a criminal offense of insult and a criminal offense of bodily injury ... "*The teacher who three times slapped a schoolgirl and pulled her hair only committed an insult because the slap did not result in bodily injury.*"²²

The criminal offense of insult can also be committed towards a legal person, which will be assessed for a specific case. Likewise, members of a collective can be offended if their number and identity are determinable and clear. If a member of a collective can be recognized in the insult, then it can be said that a criminal offense has been committed against that member.²³

4. CRIMINAL OFFENSE OF GRAVE EMBARRASMENT

Grave embarrassment is a criminal offense incriminated by Article 148 Criminal code of RC, which was drawn up in accordance with Article 173 of the Swiss Criminal code. Only with the amendment to the Criminal Code of 2015 has this criminal offense been given its full name, thus narrowing down the act through the term "grave embarrassment."²⁴ It's about defamation and gossip that leads to embarrassment. Grave embarrassment is an offense of abstract threat, which means that there does not need to be any real disruption of honor and reputation, however, if such a circumstance occurs it will be treated as aggravated.

The basic form of the criminal offense of grave embarrassment is performed by the one who, in the face of someone else, presents or spreads a claim that may harm their honor or reputation, while the aggravated form is performed by someone who commits the aforementioned offense through press, radio, television, computer system or network at a public gathering or in another way, making it accessible to a larger number of people.²⁵ For the basic form of this criminal offense, a fine of up to one hundred eighty daily amounts is prescribed, while for an aggravated form a fine of up to three hundred and forty daily amounts is prescribed.²⁶ The perpetrator makes the factual statement in such a way as to show it as their conviction, as stated in the judgment of the Supreme Court: "*The victim does not have to be*

²² The Judgment of the County Court in Bjelovar, No. Kž-378/94.

²³ Op. cit. in note 17. p. 305.

²⁴ *uble Nachrede, diffamation, diffamazione*

²⁵ Art.148. CC RC

²⁶ *Ibid.*

named, but its determinability is sufficient."²⁷ The perpetrator makes a statement even when repeating someone else's claims such as, for example, "the word on the street is" as well as when they make allegations about something they themselves do not even believe that is true²⁸, and in that way they make it known that a person could have committed something dishonorable. Factual allegation must be defamatory, which means it can damage the honor or reputation of the victim. It must be serious, in other words such that the other side believes it. It can be true or untrue, while an untruthful defamatory statement is a grave embarrassment when the perpetrator does not know that it is untrue, which means that their ignorance excludes defamation, but not grave embarrassment if it is not based on good faith.

The law provides for the optional release of the sentence in such a way that the court can release the perpetrators if they admit the inaccuracy of their claims and on condition of revoking them.²⁹

There is no criminal offense of grave embarrassment if the perpetrator proves the truthfulness of the factual allegation they have made or the existence of a serious reason for believing in its truthfulness, with the exception that it is not permissible to prove factual allegations relating to personal or family circumstances.³⁰

Grave embarrassment means expressing unfavorable factual allegations about the other.³¹ Given the decision of the Croatian legislator to designate grave embarrassment as a criminal offense, the need for leaving criminal offenses in the law such as *disclosure of personal and family circumstances and reproaching someone for a criminal offense*³² (Article 202 CC/97) has ceased, so that they have been deleted by the amendments to the law.

We can say that the main distinction between grave embarrassment and defamation is that the act of a criminal offense of grave embarrassment involves giving unfavorable factual allegations to another, while defamation requires the perpetrator to state the factual statement they are consciously aware is untrue. The perpetrator of a criminal offense of grave embarrassment acts intentionally, and indirect intention (*dolus eventualis*) is sufficient, they know that by their actions they are declaring something that may harm someone's honor or reputation. They can be held responsible even if they have acted out of conscious or unconscious negligence, or if they have acted in an avoidable misconception about the deed of the offense, thus preventing the explicit statement of factual allegations that may offend the honor and reputation of the other.

We should also point out the distinction between grave embarrassment and insults. Specifically, a perpetrator mostly embarrasses a victim in front of another person, but may also embarrass them directly, but a third person must necessarily be present, as if there is no third party presence, the factual claim becomes an insult rather than embarrassment.

It is also important to differentiate what is the subject of severe embarrassment, and what is the subject of an insult. It is worth pointing out that the value judgements are the subject of insults, while the factual allegations are the subject of grave embarrassment, but the court practice has shown that it is not simple to make a distinction.

²⁷ The Judgment of the Supreme Court of the Republic of Croatia, No. I Kž-1484/69.

²⁸ The Judgment of the County Court in Zagreb, No. KI-271/07.

²⁹ Art.148. par.5. CC RC.

³⁰ *Ibid.* par 3/4.

³¹ Bojanić I, *Kaznena djela protiv časti i ugleda de lege lata i moguće promjene de lege ferenda*, Croatian Yearbook of Criminal Law and Practice, Zagreb, Vol.17, No. 2/2010, p. 633.

³² Art. 202. CC RC/97.

The question of distinction between the factual claim and the value judgement in practice can be quite difficult because every factual statement implies a value judgement, just as the value judgment implies a factual statement. Factual allegations are statements about external events, states and relationships that may be subject to sensory perception and, consequently, the subject of proof, while the value judgments represent the subjective assessment of another person. In the judgment of the Zagreb County Court it is stated: *"The statement that a private prosecutor is a conflicting person is a factual statement because it is based on a number of proceedings she is engaged in with her neighbors, so the court is wrongfully treating it as an insult."*³³

The 1997 Criminal Code has excluded unlawfulness from all criminal offenses against honor and reputation, while in the amendments of the 2011 Criminal Code this provision has been deleted. More specifically, the exclusion of unlawfulness was foreseen only for insult,³⁴ because the prevailing opinion was that the exclusion of illegality in defamation was inadmissible, and for embarrassment unnecessarily.

However, given that the Constitution guarantees the freedom of opinion and expression in Article 38,³⁵ Amendments to the Criminal Code of 2015 have added a provision regulating the exclusion of unlawfulness for insult and grave embarrassment in exhaustively listed situations: *"There is no criminal offense referred to in Articles 147 and 148 if the perpetrator has achieved its characteristics in a scientific, professional, literary, artistic work or public information, in the performance of duties prescribed by law, political or other public or social activity, journalistic work or defense of a rights, and it has done so in the public interest or for other justified reasons."*³⁶

5. CRIMINAL OFFENSE OF DEFAMATION

Defamation represents the most serious crime against honor and reputation and we can freely say, an aggravated form of the crime of grave embarrassment. Consequently, it should be noted that defamation according to the character of the criminal offense almost entirely corresponds to embarrassment, with two preconditions having to be fulfilled: the first, it must objectively be a case of untrue facts and the other, the perpetrator of the *tempore criminis* must know for the untruthfulness of the factual claim that they have made or disseminated. A criminal offense of defamation will be carried out if the plaintiff proves that it is an untruthful factual allegation and that the perpetrator was aware of its untruthfulness at the time of the submission or adoption of the factual allegation. But even when a private prosecutor fails to prove all the characteristics of a defamation, but proves grave embarrassment, the honor has been returned.³⁷

It is incriminated by Art. 149 of the Criminal Code and can only be committed with direct intent. There is no justification for the perpetrated criminal offense of defamation under the guise of free expression of thought, nor that it has it been done in the public interest,

³³ The Judgment of the County Court in Zagreb, No. Kž-906/05.

³⁴ Art. 147. par. 5. CC RC /11.

³⁵ Op. cit. in note 7.

³⁶ Art.148.a. CC RC /11.

³⁷ Op. cit. in note 1. p. 465.

because defamation can have very serious consequences for the victim. There is still a controversy in the scientific and expert public about what makes the contents of a defamatory statement as well as with what form of guilt can defamation can be committed.³⁸ Whoever presents or disseminates an untrue factual statement that may harm someone's honor or reputation, knowing that it is untrue, makes a criminal offense of defamation, for which a fine of up to three hundred and forty daily amounts is prescribed.

In the judgment of the Municipal Court in Bjelovar it was clarified that "*defamation is performed by a witness who in civil proceedings claims that the private prosecutor has not settled a debt even though they knows it has.*"³⁹ As with insults and embarrassment, in defamation there is also an aggravated form of the criminal offense that is committed if the offense is committed through press, radio, television, computer system or network, at a public gathering or otherwise making it accessible to a larger number of people.⁴⁰

6. OVERVIEW AND ANALYSIS OF CRIMINAL OFFENSES AGAINST HONOR AND REPUTATION

Table No. 1 shows the numbers for criminal offenses against honor and reputation in 2017. Among the reported crimes against honor and reputation, the most reported were the *aggravated form of the offense of insult* (21) and the *basic form of the offense of defamation* (10). Given that grave embarrassment is a relatively new crime, we can observe that there are a good number of reports for this crime (8). The same number of reports refers to the *basic form of insult* (8). At least one charge records the aggravated forms of felonies of grave embarrassment and defamation, only one (1) charge.

CRIMINAL OFFENSES AGAINST HONOR AND REPUTATION	REPORTED IN 2017
Insult art.147.par.1.	8
Insult art.147.par.2.	21
Grave embarrassment art.148.par.1.	8
Grave embarrassment art.148.par.2.	1
Defamation art.149.par.1.	10
Defamation art.149.par.2.	1
TOTAL	49

Table No. 1 Review of reported offenses against honor and reputation in 2017⁴¹

³⁸ Mrčela M, *Sadržaj klevetničke izjave i oblik krivnje kod klevete*, Croatian Yearbook of Criminal Law and Practice, Zagreb, Vol. 4, No. 2/1997, p. 690.

³⁹ The Judgment of the Municipal Court in Bjelovar, No. K-37/07.

⁴⁰ Art.149. CC RC

⁴¹ *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2017. godini*, Central Bureau of Statistics, Zagreb, 2018.

Table No.2. shows charges for criminal offenses against honor and reputation in 2017. A total of 337 charges were filed, of which the first place belongs to the aggravated form of defamation (117), the second place to the basic form of defamation (81) and the third place to the basic form of insult (70). It should also be noted that a relatively large number of charges have been filed for the offense of grave embarrassment.

CRIMINAL OFFENSES AGAINST HONOR AND REPUTATION	CHARGED IN 2017.
Insult art.147.par.1.	70
Insult art.147.par.2.	37
Grave embarrassment art.148.par.1.	15
Grave embarrassment art.148.par.2.	17
Defamation art.149.par.1.	81
Defamation art.149.par.2.	117
TOTAL	337

Table No. 2 Review of charged offenses against honor and reputation in 2017.⁴²

Table No. 3. shows the numerical status of convicted perpetrators for crimes against honor and reputation in 2017. There is a total of 84 convicted perpetrators, and of which the first place belongs to convictions for the basic form of insult (27), the second for the aggravated form of defamation (23), while the third place is occupied by the basic form of defamation (11). The least number of convicted is for the offense of grave embarrassment, for the aggravated form (5), and for the basic one (8).

CRIMINAL OFFENSES AGAINST HONOR AND REPUTATION	CONVICTED IN 2017.
Insult art.147.par.1.	27
Insult art.147.par.2.	10
Grave embarrassment art.148.par.1.	8
Grave embarrassment art.148.par.2.	5
Defamation art.149.par.1.	11
Defamation art.149.par.2.	23
TOTAL	84

Table No. 3 Review of convicted offenses against honor and reputation in 2017.⁴³

Not all EU member states are at the level of international standards when it comes to freedom of expression. The statutory framework of the Republic of Croatia for criminal offenses against honor and reputation is modeled on Swiss, German, Austrian and Slovenian law. Although there were certain tendencies to abolish all crimes against honor and reputation,

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

they did not go away, since the Convention for the Protection of Human Rights allows freedom of expression to be subjected to penalties.

Defamation has been criminalized in 23 of the 28 EU countries,⁴⁴ with prison sentences in 20 EU Member States for defamation and insult. Defamation is not a criminal offense only in five EU countries: Cyprus, Estonia, Ireland, Romania and the United Kingdom. The ECHR, on the other hand, is of the opinion that imprisonment cannot in any way be an appropriate punishment for defamation. The European Court of Human Rights, which has traditionally been very active in these fields, has successfully created the foundations that different states are required to take into account when applying the law.

Some European countries do not have any criminal offenses against honor and reputation at all, but only deal with such situations in civil proceedings. Civil procedure, unlike criminal proceedings, provides legal protection and enables satisfaction of injured parties in the form of publication of a correction or apology, publication of a final judgment finding a violation of a person's rights, removal of harmful content, and payment of a fair financial compensation. The criminal proceedings prove the perpetrator's guilt for the act against honor and reputation, while the civil proceedings prove the violation of the rights of the injured party's personality. There are many more misjudged cases in civil proceedings given the lower degree of sensitivity to these fundamental human rights.

Implementation of adequate training of judges, in both criminal and civil cases, regarding the law of the European Court of Human Rights in respect of criminal offenses against honor and reputation imposes itself as a good solution.

7. CONCLUSIONS

The very fact that criminal proceedings for criminal offenses against honor and reputation are initiated in a private lawsuit suggests that these are lighter forms of criminal offenses, for which there were also certain opinions that most of these offenses could fall into the domain of misdemeanors, and not criminal law. The question arises whether it is necessary to protect honor and reputation through the domain of criminal law, since the criminalization of these offenses restricts freedom of expression. Criminal offenses against honor and reputation had a complete reform of 2011 and 2015 in relation to the Criminal Code from 1997. Criminal Code of 2011 aligned its criminalization of offenses against honor and reputation with modern solutions of European law, even though there were pressures from journalist circles to decriminalize these acts. The most significant novelty concerns the introduction of the offense of grave embarrassment, with the Swiss Penal Code serving as the basis, with some exceptions. Amendments to the 2015 Penal Code amended the provision on the inadmissibility of proof of truth and good faith in embarrassment and reinstated the provision on exclusion of unlawfulness, which now applies only to insult and embarrassment. Defamation was amended and a new offense of grave embarrassment was introduced concerning the defamatory factual assertion. Given that the falsity of claims that the perpetrator makes (without knowing it to be untrue) is a characteristic of defamation, it has become an aggravated form of severe embarrassment. Grave embarrassment can be ruled out

⁴⁴ According to the data of the International Press Institute in Vienna, available at: <https://ipi.media/publications/>, viewed 01.06.2019.

based on evidence of the truthfulness of the claim or the perpetrator's good faith in the truth. However, this cannot rule out the criminal offense of defamation. It is worth noting that there is an exclusion of unlawfulness for value judgments and defamatory factual claims for which it is not known whether they are false or the offender does not know it. Thus, by applying this provision, journalists cannot be penalized if they acted in the public interest no matter what their personal objective was.

For offenses against honor and reputation, the law provided for the public announcement of the judgment. The judgement will be published in whole or in part at the request of the injured party, and at the expense of the perpetrator found guilty of the offense against the honor and reputation committed through the press, radio, television, computer system or network or other media. It is important to note that the court takes care that the public announcement of the judgement is in the same medium of communication in which the crime was committed.

LITERATURE

- Alaburić V, *Sloboda izražavanja i kaznenopravna zaštita časti i ugleda: teorijski i praktični problemi tranzicije u Hrvatskoj*, Croatian Yearbook of Criminal Law and Practice, Zagreb, Vol.3., No. 2/1996, p. 537-557.
- Bojanić I, *Kaznena djela protiv časti i ugleda de lege lata i moguće promjene de lege ferenda*, Croatian Yearbook of Criminal Law and Practice, Zagreb, Vol.17, No. 2/2010, p. 624-640.
- Constitution of the Republic of Croatia, Official Gazette No. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.
- Criminal Code of Republic of Croatia (CC RC), Official Gazette No. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18.
- Criminal Code of Republic of Croatia 1997 (CC RC/97), Official Gazette No. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11.
- Criminal Procedure Act, Official Gazette No. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17.
- Criminal Code of the Republic of German, available at: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/28/Germany/show>
- Cvitanović L, Derenčinović D, Turković K, Munivrana Vajda M, Dragičević Prtenjača M, Maršavelski A, Roksandić Vidlička S: *Kazneno pravo - posebni dio*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2018.
- International Press Institute in Vienna, available at: <https://ipi.media/publications/>
- Kokić M, *Novosti kod kaznenih djela protiv časti i ugleda, osobito kad su počinjena putem sredstva javnog priopćavanja*, Croatian Yearbook of Criminal Law and Practice, Zagreb, Vol. 5, No. 1/1998, p. 209 – 217.
- Mrčela M, *Sadržaj klevetničke izjave i oblik krivnje kod klevete*, Croatian Yearbook of Criminal Law and Practice, Zagreb, Vol. 4, No. 2/1997, p. 689-711.
- Novoselec P, *Zaštita časti i ugleda u novom kaznenom zakonu*, Proceeding of the Faculty of Law in Zagreb, 66, 2016, p. 443-468.
- Pavšić B, Grozdanić V, Veić P: *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007.

- Pavlović Š, *Kazneni zakon*, Faculty of Law in Rijeka, 2012.
- Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2017. godini*, Central Bureau of Statistics, Zagreb, 2018.
- The Judgment of the Municipal Court in Bjelovar, No. K-37/07.
- The Judgment of the County Court in Zagreb, No. Kž-906/05.
- The Judgment of the County Court in Bjelovar, No. Kž-378/94.
- The Judgment of the Supreme Court of the Republic of Croatia, No. I Kž-1484/69.
- The Judgment of the County Court in Zagreb, No. KI-271/07.
- The Judgment of the County Court in Bjelovar, No. Kž 393/93.
- Turković K, Novoselec P, Grozdanić V, Derenčinović D, Bojanić I, Vajda Munivrana M, Mrčela M, Nola S, Vidlička Roksandić S, Tripalo D, Maršavelski A: *Komentar kaznenog zakona*, Faculty of Law in Zagreb, 2013.

REFLECTIONS OVER THE PHENOMENON OF STATE POWER

Viktoría Serzhanova

Professor dr hab.

Univeristy of Rzeszow, Faculty of Law and Administration

viktoría@ur.edu.pl

Abstract

Power is perceived as a very interesting phenomenon for those scientists who make research on contemporary states. This problem strongly influences their internal organization, as well as their functioning effectiveness. The phenomenon is undoubtedly multidimensional and has remained in the field of interest of not only lawyers and state theorists, but also of political scientists, psychologists, sociologists, as well as representatives of various other fields of science and disciplines. The hereby paper aims at taking up an effort of making a sort of selection and verification of very different approaches in defining of this complex concept among those existing in the doctrine, as well as determining its sources, analyzing this issue in its various dimensions and categories, such as: state power, political power, public power, also from the perspective of confronting it with other directly related to it notions, such as: legitimisation, ruling and forms of its overtaking. These deliberations might help us to better comprehend this phenomenon which may result in its more effective exercising for the benefit of the common good of the state, which still remains the main form of societies' political organization.

***Keywords:** sources of power, state power, political power, public power, ruling, legitimisation, form of overtaking power.*

Introductory remarks

The phenomenon of power¹ is inseparably connected with the functioning of a state. Nowadays, among theoreticians, in principle, there is no larger dispute as to the fact that power remains a social phenomenon, and is based on the relations between individuals, social groups and institutions². It goes without saying, that power strongly influences the internal organization and effectiveness of the states functioning. And it is also an unquestionable fact, that this phenomenon is very multidimensional, therefore it has remained in the field of interest and focus of not only lawyers and state theorists, but also of political scientists, psychologists, sociologists and representatives of various other fields of science and disciplines.

The hereby paper aims at taking up an effort of making a kind of selection and verification of very different approaches in defining of this complex concept among those existing and well known in the doctrine of various sciences, as well as of determining its

¹ About the issue of power more extendedly see: V. Serzhanova, S. Sagan, *Nauka o państwie współczesnym*, Warszawa 2013, pp. 104-115.

²J. Filip, J. Svatoň, J. Zimek, *Základy státovědy*, Brno 2006, p. 13.

sources, analyzing this issue in its various dimensions and categories, such as: state power, political power, public power, etc. – also from the perspective of confronting it with other notions directly related to it, such as: legitimisation, ruling, forms of its overtaking, etc. These deliberations might help us to better comprehend the modern phenomenon of power and might also result in finding some methods and forms of its more effective exercising for the benefit of the common good of the state, which still remains the main form of societies' political organization.

1. The Concept and Sources of Power

There are various approaches in defining the concept of power in the subject literature. These include: a normative, sociological, theological, instrumental, structural, conflictual approach, etc.³.

However, most accurately the essence of power seems to be reflected in the behavioral approach⁴. According to it, power should be understood as a characteristic relationship binding two positions, or two people occupying specific positions in a group, that exert a particular type of influence on each other. It consists in the fact, that the person occupying one position controls the behavior of the person occupying the other one and vice versa. Control is understood broadly here, not only as supervision over someone's behavior, but also as exerting influence on it, manipulating it. Generally speaking, the power is the difference between the degree of control of the intended behavior of one person by another and the degree of control of the behavior of the other person by the first one. In consequence, certain positions, from the point of view of the power assigned to them, occupy higher places in its hierarchy, while others lower ones. It also means, that people occupying higher positions can control the behavior of those in lower positions much more strongly and vice versa⁵.

There are various sources of power, through which one ought to understand certain measures leading to the intended control, or some grounds on which the power of one person over another is based. In the doctrine five such sources are distinguished⁶.

The first one consists in the observance by the persons in the structure of power of certain social forms assimilated in the childhood. Such habits as, for instance, obedience to

³More extendedly see: M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie do teorii polityki*, Lublin 1996, pp. 112 & the subs.; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993, p. 26; P. Dobrowolski, S. Wróbel, *Wprowadzenie do nauki o polityce*, Katowice 1987, pp. 72–73.

⁴ The behavioral approach in defining the concept of power is most frequently found in the legal, political, sociological and psychological doctrine. One of the representatives of such an approach was Max Weber. See: N.P. Barry, *An Introduction to Modern Political Theory*, London 1989, p. 97; R. Bendix, *Max Weber. An Intellectual Portrait*, New York 1960, p. 294 i n.; C. Castoriadis, *Philosophy, Politics, Autonomy*, New York 1991, p. 149; J.K. Galbraith, *The Anatomy of Power*, London 1994, p. 2; A. Heywood, *Politologia*, Warszawa 2006, p. 7, 14; J. Isaac, *Conception of Power*, in: M. Hawkesworth, M. Kogan (ed.), *Encyclopedia of Government and Politics*, New York 1992, v. I, p. 57; in the Polish literature: P. Andrzejewski, P. Deszczyński, K. Gołata, M. Szczepaniak, *Europejskie systemy polityczne*, Poznań 1996, p. 30; P. Andrzejewski, P. Deszczyński, K. Gołata, *Wybrane zagadnienia z nauki o polityce*, Poznań 1991, p. 30; M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie ...*, p. 112; J. Mielecki, *Władza polityczna*, in: J. Mielecki (ed.), *Podstawowe kategorie teorii polityki*, Wrocław 1979, p. 33; F. Ryszka, *Delimitacja władzy politycznej*, in: K. Opalek (ed.), *Elementy teorii polityki*, Warszawa 1989, pp. 83–87; C. Znamierowski, *Prolegomena do nauki o państwie*, Poznań 1947–1948, p. 112.

⁵ S. Mika, *Wstęp do psychologii społecznej*, Warszawa 1972, pp. 258–259.

⁶ Competently the grounds of power are determined and discussed by F.E. French and S. Mika, *ibidem*, pp. 259 & the subs.

parents or elder people, or higher persons in terms of their position in the structure of power, are adopted by us as basic values taken from homes and families, schools and the surrounding environment. During the childhood, therefore, we easily learn the hierarchical structure of power and the acceptance of control of our behavior by people standing above us.

The second source of power of one man over another is his knowledge, which is called 'expert power'. It consists in allowing a competent person with expertise in a specific field to control our behavior, since we assume that they actually have and use it properly. A characteristic feature of the expert power is that it is naturally restricted to a certain specific scope of matters, to which the knowledge possessed by him is related. Quite often, however, the opinions of experts are used in various areas of our everyday life.

The third source of power is based on a reward, or rather on a possibility of rewarding a person in a lower position by a person occupying a higher one. It is based on the fact, that if certain acts of subordination to the power of another person were somehow rewarded in the past (e.g. by satisfying one's needs), then later a person standing lower in the hierarchy expects a reward for submission to the hierarchical control exercised by a person in a higher position and therefore behaves according to his instructions. This is the basis of power, for example, in a situation where a child tries to do his homework in a particularly careful and thorough way, expecting praise or other rewards from his parents or teachers. Rewarding also creates a positive attitude of the controlled person to the person in power.

The fourth source is the opposite one to the power based on a prize, because it is based on a penalty. It consists in surrendering to the control of a person located higher in the hierarchy on the basis of the conviction from the past, that if he had not, he would have received a severe punishment from the person in a higher position, which caused him distress or fear. Thus, the fear of receiving a penalty and the desire to avoid it leads to compliance, because it reduces the probability of its use. Such a base of power may be some motivation to carry out professional orders by some subordinates. At the same time, with the application of penalties it leads to the weakening of the positive attitude of a person situated at a lower level of the hierarchy to the person exercising power⁷.

Finally, the last, fifth source of power consists in identifying of a person below with a person standing higher in the hierarchy of power. This means that the subordinate one possesses a very positive attitude, and even a strong emotional bond with the person exercising power over him, which is the reason of his being subject to the control and performing orders. This kind of power takes place in cases of children towards their beloved parents or subordinates in relation to their fond supervisor, although the latter situation does not happen very often.

In practice, this division, quite artificially delimiting various foundations of power, does not occur in classically separate forms, because in natural conditions the exercising of power usually follows from several different sources simultaneously. Both parents' power over children or teachers' over students, as well as superiors' over subordinates can arise not only from certain behaviors acquired in the childhood, but also from a desire to receive a prize, fear of punishment or a positive attitude towards the ruler.

⁷About the abilities to reward and punish from a slightly different perspective, i.e. on a strict identification them with power see: A. Heywood, *Politologia...*, p. 7.

2. State Power and Ruling

An issue, being one of the most important for the state power functioning, is the concept of political power. It is such a category of power, which has an indirect or direct connection with the conflicts following from the division of various types of public goods⁸, occurring in large social groups, such as states, nations, religious groups, trade unions, etc.⁹. It appears in all interdependent social structures in which it is necessary to overcome the contradictions of the interests of individuals and groups subject to the same decision-making centers and applicable standards of conduct¹⁰.

The main criterion, which characterises political power, is that at least one of the subjects within a power relationship should be equipped with a real possibility of making important political decisions, essential for the society, regulating the behavior of the large groups of people. An additional, but not less important, criterion is that this subject should have a real ability to execute the decisions taken with the help of a fully organized apparatus, in order to enforce certain behavior, including the use of state coercion¹¹.

Political power should therefore be understood as a system of social relations between the subjects of power, which consists in a possibility of applying a permanent institutional coercion in order to enforce the other party to behave in a specific manner¹².

The explanation of the concept of political power is so important in the context of considerations about the state, because the state is its carrier, and the citizens, as well as large groups and social organizations, are its subjects in the internal and inter-state structures. Within the relations of political power, one can speak of the subjects of command powers, which are state authorities and social organisations performing state tasks, as well as subordinate subjects, such as the society, nation or citizens¹³.

A broadly understood concept of political power (*sensu largo*) encompasses the following categories of power¹⁴:

- 1) political power in a narrow sense (*sensu stricto*);
- 2) state power;

⁸ Competently the concept of public goods, both substantial and non-substantial, as well as the essence of political power in this context is explained by K. Patecki, *Wprowadzenie do normatywnej teorii władzy politycznej*, in: B. Szmulik, M. Żmigrodzki (ed.), *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, Lublin 2007, pp. 203–204.

⁹ M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie ...*, p. 115 after: P. Andrzejewski, P. Deszczyński, K. Gołata, *Wybrane ...*, p. 30; J. Kowalski, W. Lamentowicz, P. Winczorek, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1983, p. 86; N. Nizio-Baron, *Podstawowe kategorie nauki o polityce*, in: J. Misztal (ed.), *Nauka o polityce*, Gliwice 1985, p. 35.

¹⁰ M. Gulczyński, *Nauka o polityce*, Warszawa 2007, p. 59; P. Winczorek, *Wstęp do nauki o państwie*, 2nd ed., Warszawa 1997, p. 27.

¹¹ The criteria distinguishing political power are paid attention to by M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie ...*, p. 115 and A. Korybski, Z. Szeliga, M. Żmigrodzki, *Współczesne państwowe systemy polityczne*, Lublin 1987, pp. 23–24.

¹² The definition of political power used in the herby paper is taken after: M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie ...*, p. 116. Compare also: M. Karwat, *Podstawowe problemy metodologiczne języka nauki o polityce*, in: P. Georgica (ed.), *Wprowadzenie do teorii polityki*, Warszawa 1982, v. I, p. 103.

¹³ M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie ...*, p. 116; M. Gulczyński, *Nauka ...*, p. 59.

¹⁴ The abovementioned classification is created by: M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie ...*, pp. 116–117. Different conceptions, typologies and characteristic features of political power are presented by other researchers of the essence of this phenomenon. Compare: A. Czajowski, *Władza polityczna. Analiza pojęcia*, in: A.W. Jabłoński, L. Sobkowiak (ed.), *Kategorie analizy politycznej*, Wrocław 1991, p. 35; *Politologie*, Brno 1993, pp. 67 & the subs.

3) public power.

Sensu stricto political power belongs to the political party which won the parliamentary elections, or to the parties forming a government coalition¹⁵.

State power is exercised by the subject indicated in the basic law which scope of competence is determined by legal norms¹⁶. Therefore, the basic criterion for distinguishing the state power is its normative character. This means, that the state power differs from other power categories by its normative factor, it follows from legal regulations, and its exercising is determined by constitutional provisions and other legal norms¹⁷. The basic features characterising the notion of the state power include:

- 1) universality;
- 2) lack of responsibility;
- 3) atomicity;
- 4) supremacy¹⁸.

Public power is both a legal and sociological category, showing on one side a formal bond with the state power and – on the other – a factual connection with the political power¹⁹.

Some authors perceive state power from the point of view of its subject as a category of broadly understood public power. The state remains its carrier, and therefore the subject of the highest public power²⁰.

The concept of ruling (governance), which is directly related to the considerations over both political and state power, does not raise specific controversy in the subject literature. It is understood as a process of exercising state power, consisting in taking decisions and their effective performance with the help of the state apparatus²¹. In particular, ruling consists in resolving conflicts and disputes arising from meeting the needs of the society, ensuring a permanent position of the state in international relations, as well as guaranteeing peace, order and internal security. In addition, ruling includes activities that provide securing financial resources for the functioning of the state apparatus and the performance of its tasks, in particular legislative, administrative and judicial activities²².

3. Legitimation of Power

The term ‘legitimation’ comes from the Latin *legitimus*, which means ‘in accordance with the law’ (from *lex, legis* – law).

The legitimation of power includes two aspects:

¹⁵ M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie ...*, pp. 116–117.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ J. Filip, J. Svatoň, J. Zimek, *Základy státovědy ...*, pp. 17–18.

¹⁸ E.S. Rappaport, *Państwo i prawo. Zarys krytyki radykalnej*, Warszawa 1909, p. 16. These features are also paid attention by M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie ...*, p. 115.

¹⁹ M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie ...*, p. 115.

²⁰ About a state as an original carrier of the public power see: J. Filip, J. Svatoň, J. Zimek, *Základy ...*, p. 18; D. Hendrych, *Právníkéosoby veřejného práva. Správní právo*, Praha 1996, č. I, p. 8; V. Veverka, J. Boguszak, J. Čapek, *Základy teorie práva a právní filosofie*, Praha 1996, p. 111; J. Becker, *Gewaltenteilung im Gruppenstaat*, Baden-Baden 1986, p. 103.

²¹ See: X. Szaniawski, *O rządzeniu y radzeniu*, Warszawa 1810, p. 4; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys ...*, p. 56; M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie ...*, p. 120; W. Pietras, *Władza polityczna i jej przedmiot*, Studia Nauk Politycznych 1985, No 3–4, p. 90.

²² M. Chmaj, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie ...*, p. 121 and A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys ...*, p. 57.

- 1) legal;
- 2) social²³.

In fact, legal legitimisation means the legalisation of power. This, in consequence, means that the rulers have taken power and carry it out in accordance with the law being in force, i.e. first of all with the norms contained in the Constitution and laws, especially those issued on the basis of the Constitution itself, which refer to the legitimisation (legalisation) of public power exercising (electoral regulations, laws on political parties, assemblies, referenda, the procedures of appointing certain public authorities).

For the legalisation of the functioning of state authorities, it is essential to create and determine the scope of their competences by way of statutes, and not lower-level acts. Similarly, the mechanism for holding elections and referenda must be laid down in an act. The forms (procedures) for exercising public power must also have their foundation in an act of law.

Social legitimisation consists in recognizing, that the rulers and the way they exercise their powers are regarded as legitimate and worthy of acceptance by the public opinion. An important aspect of legitimisation is the conviction of people, that their material and spiritual development depends on the preservation and support of the existing social system.

Power can never count on the total acceptance of all people. Support for power is changeable and it must constantly strive for it.

The legitimisation of power in the sense of majority support determines the effectiveness of public authorities' activities. Legitimation is gained, but it can also be lost.

Legitimation of power can be obtained thanks to:

- 1) submission to a social verdict, expressed through a referendum;
- 2) obtaining international recognition;
- 3) effectiveness in exercising power;
- 4) the passage of time.

Legitimation of power can be lost due to:

- 1) a serious violation of norms on which the authority is based by the rulers;
- 2) low efficiency (ineffectiveness) in exercising power;
- 3) emergence of a popular alternative²⁴.

A test of the social legitimisation of power can be: massive, often spontaneous activities of the society, manifesting in demonstrations, rallies or actions of civil disobedience.

Low voter turnout can also be an important signal for the authorities. The conducted research indicates, that participation in the elections was more often refused by the people, who were critical towards the institutional order and negatively assessing the situation in their country²⁵. Sometimes a different way of perceiving the levels of the legitimisation of power can be found in the doctrine, like for instance the one seen by David Beetham. He determines, that power is legitimised, provided that:

- 1) it complies with the established rules;

²³ E. Zieliński, *Nauka o państwie i polityce*, Warszawa 1999, p. 156; also M. Orzechowski wrote an interesting monograph dedicated to the doctrine of power elaborated by M. Weber, *Polityka, władza, panowanie w teorii Maxa Webera*, Warszawa 1984, *passim*.

²⁴ J.J. Wiatr, *Socjologia polityki*, Warszawa 1999, pp. 144-145.

²⁵ K. Korzeniowski, *Psychospołeczne uwarunkowania zachowań wyborczych*, in: K. Skarżyńska (ed.), *Psychologia polityczna*, Poznań 1999, p. 212.

2) these rules find their justification in the convictions of both those who exercise power and those who are subordinate to it;

3) there are signs of acceptance of certain relations of power on the part of the subordinates²⁶. In contemporary political systems, we can distinguish two types of support: the one being a part of the electoral process and support of a mobilising type. These forms have separate logics and different consequences. The institution of elections usually combines two functions: direct or indirect choice of government and expression of support for it. In most cases political mobilisation only fulfills the latter function. This involves a different role played by political parties in both processes²⁷.

In case of the mobilisation model of the legitimisation of power, the strength of collective convictions, and not democratic choice, is of fundamental importance, which is why this type of legitimisation is associated with the monopolistic claims of the ruling party in the doctrinal, organisational and political sphere. Legitimation through democratic elections not only allows, but even requires pluralism of ideas and political formations. In case of the mobilisation pattern, public expressing of alternative views or opposing the official policy of the government outside the institutions of the ruling party is a threat to the legitimisation of its power. Therefore, legitimisation through mass mobilisation requires an extensive system of supervision and repression, which is not an alternative to it, but a necessary complement²⁸.

4. Forms of Taking Power in a State

Taking power in a state can be done in a legal or an illegal way.

The legal methods include:

- 1) inheritance;
- 2) elections.

Both forms have legitimisation in the law being in force.

The inheritance, characteristic for a monarchy, is usually regulated by the constitutional acts which determine the rules for overtaking the throne by legitimate dynastic descendants. They are found in the Constitutions (Spain, the Netherlands, Belgium, Norway, Morocco) or in separate Constitutional Acts – on the Succession to the Throne (Sweden, Denmark).

Today, throne inheritance is allowed in the feminine line (Denmark, Sweden, Great Britain, Monaco).

In the Nordic states, the Constitutions require belonging to the Evangelical-Augsburg Church (Denmark, Sweden, Norway). Likewise, the Constitutions of Muslim states set the requirement for Islam confession (Jordan, Morocco, Saudi Arabia, and Brunei).

Aside the inheritance, the other form of power taking is an election which essence lies in the democratic rivalry for power. It takes place on the basis of the regulations contained in the basic laws and special election statutes.

On the other hand, non-legal methods of interception of power include a coup d'état, which consists in a non-constitutional sudden method of obtaining (or attempting to acquire) the state power by an individual or a group most often by the way of force. It also happens to use non-military ways of obtaining it, for example in the form of election fraud.

²⁶ D. Beetham, *Legitymizacja władzy*, in: D. Beetham, M. Burton, R. Gunther, J. Higley, A. Lijphart, S.M. Lipset, S. Rokkan, B.I. Page, *Elity, demokracja, wybory*, selection and elaboration by J. Szczupaczyński, Warszawa 1993, p. 7.

²⁷ *Ibidem*, p. 20.

²⁸ *Ibidem*, p. 23.

The term 'coup d'état' has been disseminated by the French language (*coup d'État*). The Englishmen adopted it in the changed pronunciation. In Italian it is known as *colpo di Stato*, in Spanish – *golpe de estado*.

The aim of the coup is to overthrow legal authorities and take over ruling in the state. Most often, armed forces and police are used here. Coups have always been a way to gain power in the states with unstable democracy, where there is no civil society.

There are many premises and reasons for contemporary military coups. Among them, the most important is attributed to weak statehood, both in the dimension of efficiency and the effectiveness of state structures, and (primarily) to the low level of state consciousness of the nation. Underdevelopment in the socio-political sphere is usually accompanied by economic undergrowth. The best organised, and sometimes even the only political force of such countries is their armies. Socio-political hypoplasia makes it impossible to limit the role of the army and subordinate it to civil power²⁹.

Coups differ in the ways of seizing power³⁰. If members of the armed forces do this, then we deal with a military coup. But it can also be a group of civilians, who are interested only in the change of the monarch or his overthrow. Often these are members of the royal family, then we deal with a palace revolution. Sometimes a coup is done in a form of putsch, which is a word of the German origin and means 'a blow'. Usually it is a poorly prepared (ineffective) attempt to overthrow the authorities by a part of the army. An example here can be the Kapp-Lüttwitz coup in March 1920 in the Weimar Republic or the one of 13 December 1960 in Ethiopia.

Such a method of taking power is legally unacceptable without any exceptions. Power is gained through the use of violence and – what is more – it is based on the use of force methods of extorting obedience to it. It brightly violates the existing political system based on the Constitution.

In the 19th century, coups were a frequent method of overtaking (interception) the state power in the so-called 'third world states', in particular in Latin America and Africa³¹. Bolivia beat a certain record, with 190 coup d'états in the last 170 years.

Currently, this form of overtaking power is used rather seldom. The only continent, where the coup d'état is still relatively frequent, is Africa. However, one can presume, that the conjuncture for coups may return in the future, especially in such regions of the world, where this method of reaching for power has a rich tradition. It can be referred to Latin America, as well as to Asia and Africa. No social and political problems have been solved there permanently, democratic procedures have not taken root deeply and large parts of these societies consider them to be unfamiliar, and the implemented style of political leadership is consistently low and is widely questioned.

²⁹ B. Balcerowicz, *Sily zbrojne w państwie i stosunkach międzynarodowych*, Warszawa 2006, p. 52.

³⁰ M. Gulczyński, *Panorama systemów politycznych świata*, Warszawa 2004, pp. 347 & the subs.

³¹ A. Ławniczak, *Ustroje polityczne państw Latinoamerykańskich*, Wrocław 2008, pp. 165 & the subs. The analysis of the African coups has been made in: Z. Dobosiewicz, T. Łętocha, M.J. Malinowski, *Rola armii w Afryce*, Warszawa 1970, p. 90.

REFERENCES

- Andrzejewski P., Deszczyński P., Gołata K., *Wybrane zagadnienia z nauki o polityce*, Poznań 1991.
- Andrzejewski P., Deszczyński P., Gołata K., Szczepaniak M., *Europejskie systemy polityczne*, Poznań 1996.
- Balcerowicz B., *Sily zbrojne w państwie i stosunkach międzynarodowych*, Warszawa 2006.
- Bankowicz M., *Zamach stanu. Studium teoretyczne*, Kraków 2009.
- Barry N.P., *An Introduction to Modern Political Theory*, London 1989.
- Becker J., *Gewaltenteilung im Gruppenstaat*, Baden-Baden 1986.
- Beetham D., *Legitymizacja władzy*, in: D. Beetham, M. Burton, R. Gunther, J. Higley, A. Lijphart, S.M. Lipset, S. Rokkan, B.I. Page, *Elity, demokracja, wybory*, selection and elaboration by J. Szczupaczyński, Warszawa 1993.
- Bendix R., *Max Weber. An Intellectual Portrait*, New York 1960.
- Castoriadis C., *Philosophy, Politics, Autonomy*, New York 1991.
- Chmaj M., Żmigrodzki M., *Wprowadzenie do teorii polityki*, Lublin 1996.
- Czajowski A., *Władza polityczna. Analiza pojęcia*, in: A.W. Jabłoński, L. Sobkowiak (ed.), *Kategorie analizy politologicznej*, Wrocław 1991.
- Dobosiewicz Z., Łętocha T., Malinowski M.J., *Rola armii w Afryce*, Warszawa 1970.
- Dobrowolski P., Wróbel S., *Wprowadzenie do nauki o polityce*, Katowice 1987.
- Filip J., Svatoň J., Zimek J., *Základystátovědy*, Brno 2006.
- Galbraith J.K., *The Anatomy of Power*, London 1994.
- Gulczyński M., *Nauka o polityce*, Warszawa 2007.
- Gulczyński M., *Panorama systemów politycznych świata*, Warszawa 2004.
- Hendrych D., *Právnícké osoby veřejnehopráva. Správníprávo*, Praha 1996, č. I.
- Heywood A., *Politologia*, Warszawa 2006.
- Isaac J., *Conception of Power*, in: M. Hawkesworth, M. Kogan (ed.), *Encyclopedia of Government and Politics*, New York 1992, t. I.
- Karwat M., *Podstawowe problemy metodologiczne języka nauki o polityce*, in: P. Georgica (ed.), *Wprowadzenie do teorii polityki*, Warszawa 1982, v. I.
- Kowalski J., Lamentowicz W., Winczorek P., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1983.
- Korybski A., Szeliga Z., Żmigrodzki M., *Współczesne państwowe systemy polityczne*, Lublin 1987.
- Korzeniowski K., *Psychospołeczne uwarunkowania zachowań wyborczych*, in: K. Skarżyńska (ed.), *Psychologia polityczna*, Poznań 1999.
- Ławniczak A., *Ustroje polityczne państw Latynoamerykańskich*, Wrocław 2008.
- Mielecki J., *Władza polityczna*, in: J. Mielecki (ed.), *Podstawowe kategorie teorii polityki*, Wrocław 1979.
- Mika S., *Wstęp do psychologii społecznej*, Warszawa 1972.
- Nizio-Baron N., *Podstawowe kategorie nauki o polityce*, in: J. Misztal (ed.), *Nauka o polityce*, Gliwice 1985.
- Orzechowski M., *Polityka, władza, panowanie w teorii Maxa Webera*, Warszawa 1984.
- Pałeczki K., *Wprowadzenie do normatywnej teorii władzy politycznej*, in: B. Szmulik, M. Żmigrodzki (ed.), *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, Lublin 2007.
- Pietras W., *Władza polityczna i jej przedmiot*, Studia Nauk Politycznych 1985, No 3–4. *Politologie*, Brno 1993.
- Rappaport E.S., *Państwo i prawo. Zarys krytyki radykalnej*, Warszawa 1909.

- Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993.
- Ryszka F., *Delimitacja władzy politycznej*, in: K. Opalek (ed.), *Elementy teorii polityki*, Warszawa 1989.
- Serzhanova V., Sagan S., *Nauka o państwie współczesnym*, Warszawa 2013.
- Szaniawski X., *O rządzeniu y radzeniu*, Warszawa 1810.
- Veverka V., Boguszak J., Čapek J., *Základy teorie práva a právní filozofie*, Praha 1996.
- Wiatr J.J., *Socjologia polityki*, Warszawa 1999.
- Winczorek P., *Wstęp do nauki o państwie*, 2nd ed., Warszawa 1997.
- Zieliński E., *Nauka o państwie i polityce*, Warszawa 1999.
- Znamierowski C., *Prolegomena do nauki o państwie*, Poznań 1947–1948.

REASONABLE ACCOMMODATION FOR PERSONS WITH DISABILITIES

Zaneta Poposka

Associate Professor

Faculty of Law, State University Goce Delchev

E-mail: zhaneta.poposka@osce.org

Abstract

The reasonable accommodation duty is an element of the principal of non-discrimination embedded *inter alia* in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. It is stated that reasonable accommodation means necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms. In addition, by placing the reasonable accommodation duty within the definition of discrimination the Convention introduces a premise that exercising the fundamental rights needs individualized measures aimed at resolving the existing systemic discrimination against persons with disabilities.

However, there is no unified stand worldwide as for how unjustified denial of such accommodations is treated, i.e. whether it is considered as a form of direct discrimination or indirect discrimination, or *sui generis* form of discrimination. This paper explores this venue using comparative observations from the EU Member States. Furthermore, the paper elaborates on the elements of the reasonable accommodation and determines its frames in the national legal context, especially exploring the remits of the new Law on Prevention and Protection from Discrimination (2019). Finally, the paper presents ways forward in increasing the importance of this legal institute in strengthening the fundamental rights of persons with disabilities. The text uses examples from national and international jurisprudence as well as reports and analysis that have been developed on the same subject matter.

Key words: *disability, human rights, reasonable accommodation, UN CRPD*

INTRODUCTION

Right to equality is the underlying principle of human rights, which is based on the equal value and dignity of all human beings. This principle is articulated in all international and regional human rights instruments. Conceptually, equality and prohibition of discrimination may be seen both as positive and negative formulation of the same principle. Although legal instruments are formulated to stipulate the subject of prohibition, i.e. discrimination, yet, this

prohibition serves to ensure the ideal of equality, which is in fact, the purpose of this prohibition. However, the principles of equality and prohibition of discrimination not only require equal treatment in similar situations, but also different treatment in different situations. This position clearly stated in the case law of the European Court of Human Rights in the case *Thlimmenos v. Greece* (Thlimmenos v. Greece, Reports 2000-IV, [2000], para 44), is the founding base of the legal institute – reasonable accommodation (Poposka and Jovevski, 2017, pp.14-15).

This legal institute applies mainly with regard to persons with disabilities and denial of reasonable accommodation is as a form of disability-based discrimination. According to Article 2 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UN CRPD), reasonable accommodation shall mean “necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms”. Furthermore, the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in its General comment No. 6 stresses that in order to facilitate the enjoyment by persons with disabilities on an equal basis of the rights guaranteed under legislation, States parties must take positive actions, and accessibility, reasonable accommodation and individual supports are often required. Thus, to ensure equal opportunity for all persons with disabilities, the term ‘equal benefit of the law’ as used in the Convention, means that States parties must eliminate barriers to gaining access to all of the protections of the law and the benefits of equal access to the law and justice to assert rights (General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, p.4).

As the Committee continues to elaborate in the General comment No. 6, reasonable accommodation should be seen as an intrinsic part of the immediately applicable duty of non-discrimination in the context of disability. “Examples of reasonable accommodations include making existing facilities and information accessible to the individual with a disability; modifying equipment; reorganizing activities; rescheduling work; adjusting curricula learning materials and teaching strategies; adjusting medical procedures; or enabling access to support personnel without disproportionate or undue burden.” (General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, p.6) Although the reasonable accommodation duty occurs and is equally important in all areas of society, still it is predominantly present in the area of labour relations and thus subject of interest of this paper. The purpose of every such accommodation, especially in this area, is to enable a person with disability to have effective access to employment, to participate or to be promoted at work, as well as to be enabled vocational guidance programs or additional education. The type of accommodation that is most appropriate can be decided only through individual analysis that takes into account the situation of the person with disabilities, as well as the respective employment, work or training. Thus, reasonable accommodation is always related to an individual assessment and individual solution, and does not imply identical solution for the whole group. Therefore, reasonable accommodation does not cover a whole group of persons with disabilities *per se*, but a particular person with disabilities and her/his needs.

1. SCOPE AND ELEMENTS OF REASONABLE ACCOMMODATION

A duty to provide reasonable accommodation exists in many legislations worldwide, but what is characteristic for this legal concept is that different legislations treat this issue differently. In fact, four different groups of states can be distinguished. The *first group* of states, which includes for example Ireland and France, raise the reasonable accommodation to the level of a separate form of discrimination. For instance, it is an indirect discrimination in France, and this duty is limited *ratione personae* only for those who have been officially recognized as workers with disabilities. As for the *second group* of states, such as for example the Great Britain, Sweden and Germany, it is a duty that entails consequences if failed to be fulfilled. For instance, this duty in Cyprus is not limited to the area of employment and labour relations, but it rather includes fundamental human rights, such as: the right to independent living, diagnosing and preventing disabilities, personal support with assistive technology and equipment, access to housing, facilities, streets, environment and surrounding, means of public transportation, education, access to information and communication through special devices, services providing for social and economic inclusion, professional training, employment on the open labour market and access to goods and services. However, it should be pointed out that, outside the area of employment and labour relations, this duty is not absolute. Regarding the *third group*, reasonable accommodation is a duty which does not entail explicit consequences if not fulfilled, such as for example in Finland, the Netherlands, Spain, Belgium, Lithuania, Greece, Hungary and Romania. With respect to the *fourth group*, such as for example Australia, Austria, Bulgaria, Italy, Slovenia, Poland and Turkey, reasonable accommodation is not explicitly mentioned as a duty. It can be said that the most advanced legislation in the light of this context is the one of the United States of America, which treats the reasonable accommodation as means to eliminate or overcome the barriers to realizing equal opportunities for the persons with disabilities, above all employment and job opportunities, as well as barriers to access to facilities, services and programs available to all (Poposka et al, 2014, pp.14-15).

1.1. Scope of reasonable accommodation

Ratione materiae. Reasonable accommodation duty is different from accessibility duty. Even though both aim to guarantee accessibility, the duty to provide accessibility through universal design or assistive technologies is an *ex ante* duty, whereas the duty to provide reasonable accommodation is an *ex nunc* duty. Namely, as an *ex ante* duty, accessibility must be built into systems and processes without regard to the need of a particular person with a disabilities and reasonable accommodation, as an *ex nunc* duty, must be provided from the moment that a person with a disabilities requires access to non-accessible situations or environments, or wants to exercise his or her rights and should be negotiated with the applicant. In certain circumstances, the reasonable accommodation provided becomes a collective or public good and in other cases, the reasonable accommodations provided only benefit the applicant. It should be stressed that an accommodation that is legally or materially impossible is unfeasible.

Also, reasonable accommodation duty is different from affirmative action measures. While both concepts aim at achieving *de facto* equality, reasonable accommodation is a non-discrimination duty, whereas affirmative measures imply a preferential treatment of persons

with disabilities over others to address historic and/or systematic/systemic exclusion from the benefits of exercising rights. Examples of specific measures include temporary measures for countering the low numbers of women with disabilities employed in the private sector and support programmes to increase the number of students with disabilities in tertiary education. Similarly, reasonable accommodation should not be confused with the provision of support, such as personal assistants, under the right to live independently and be included in the community, or support to exercise legal capacity (General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, p.7).

Ratione personae. Reasonable accommodation duty is always an individualized and can be invoked by a person with disabilities in a concrete case, and can apply immediately to all rights and may be limited by disproportionality. The personal scope of the reasonable accommodation duty as provided in Article 5 of the Directive 2007/78/EC, elaborated below, is restrictive and includes only the persons with disabilities who are able and qualified to perform the job concerned, as follows: job candidates, present employees, as well as former employees, when they start using the benefits on the basis of the employment. This is so because when it comes down to reasonable accommodation, the asymmetric model of anti-discriminatory legislation needs to be strictly applied, i.e. only persons with disabilities can benefit from the reasonable accommodation. Thus, persons without disabilities that has inherent relations with a person with disabilities, as stated clearly by the Court of Justice of the European Union in the *Coleman* case, are unable to invoke this duty. Namely, the Court maintained that as regards the duty to provide reasonable accommodation, contrary to direct discrimination and harassment, it could be initiated only by the person with disabilities, as explicitly indicated in Directive 2000/78/EC, thereby clearly excluding the possibility for discrimination by association on issues related to reasonable accommodation (S.Coleman v Attridge Law, Steve Law, Case C-303/06, OJ C 224, [2008]).

1.2. Elements of reasonable accommodation

The duty to provide reasonable accommodation has two constituent parts. The *first part* imposes a positive legal obligation to provide a reasonable accommodation which, according to the above stated UN CRPD is a modification or adjustment that is necessary and appropriate where it is required in a particular case to ensure that a person with a disability can enjoy or exercise her or his rights. The *second part* of this duty ensures that those required accommodations do not impose a disproportionate or undue burden on the duty bearer. Thus, as elaborated in the General comment No. 6, “‘reasonable accommodation’ is a single term, and ‘reasonable’ should not be misunderstood as an exception clause; the concept of ‘reasonableness’ should not act as a distinct qualifier or modifier to the duty. It is not a means by which the costs of accommodation or the availability of resources can be assessed — this occurs at a later stage, when the ‘disproportionate or undue burden’ assessment is undertaken. Rather, the reasonableness of an accommodation is a reference to its relevance, appropriateness and effectiveness for the person with a disability. An accommodation is reasonable, therefore, if it achieves the purpose (or purposes) for which it is being made, and is tailored to meet the requirements of the person with a disability (General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, p.7).

From another side, ‘disproportionate or undue burden’ should be understood as a single concept that sets the limit of the duty to provide reasonable accommodation. Both terms should be considered synonyms insofar as they refer to the same idea: that the request for reasonable accommodation needs to be bound by a possible excessive or unjustifiable burden on the accommodating party. The difficult question is to assess what constitute this disproportionate or undue burden. Thus, one should bear in mind that the justification of the duty for reasonable accommodation is not based on the employer’s economic productiveness, but on the equality of opportunities for persons with disabilities. Different legislations prescribe different elements which are applied to evaluate whether the costs for the accommodation were proportional or not. Poposka (2014) assess that the following elements in the area of labour are common for most legislations: nature and cost of accommodation; overall financial costs, including the benefits from the accommodation, such as for example in Bulgaria, Cyprus, Finland, France, Germany, Ireland, Malta, Spain and Great Britain; overall financial resources of the affected legal entity, such as for example in Austria, Finland, Ireland, Malta, Slovakia and Great Britain, and type of activity of the legal entity, including the structure and type of labour force. Furthermore, due attention should be given to the fact that the reasonable accommodation would bring some external benefits, such as, for instance: increased access to goods and services for the consumers with disabilities. Eventually, it needs to be taken into account that not all employers can be treated identically, as higher criteria should apply for larger legal entities compared to smaller legal entities, and the same refers to the public versus the private sector. The public sector should be the model that is followed by the private sector, but also a source of financial and other assistance to secure the reasonable accommodation for persons with disabilities. The options for financial assistance and other support to secure reasonable accommodation are stated as criterion, for example in Austria, Cyprus, Finland, France, Germany, Ireland, Malta, Netherlands, Portugal, Spain, Slovakia and United Kingdom. However, an interesting fact is that different legislations prescribe different levels of reasonable accommodation, as well as different extent of assistance and support provided by the state (Poposka et al., 2014, pp.22-23).

On the same issue, the Committee states that “potential factors to be considered include financial costs, resources available (including public subsidies), the size of the accommodating party (in its entirety), the effect of the modification on the institution or the enterprise, third-party benefits, negative impacts on other persons and reasonable health and safety requirements. Regarding the State party as a whole and the private sector entities, overall assets rather than just the resources of a unit or department within an organizational structure must be considered.” (General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, p.8).

For example, in the judgment of the French court in the *Boutheiller* case (Rouen Administrative Court, *Boutheiller v. Ministère de l’éducation*, Judgment No.0500526-3, [2008]), the Court found violation of the obligation for reasonable accommodation for persons with disabilities on the part of the Ministry of Education. The applicant, a person in wheel chair, took legal action against the Ministry of Education for not having assigned him to certain position for the reason that the respective job was situated in an inaccessible building. The applicant was offered a job in the other department that was accessible for persons in wheel chairs. The state justified its decision on the account that it is not in the public interest to invest funds in renovation of premises in order to meet the obligation for reasonable accommodation

for persons with disabilities. The Court held that such obligation cannot be reduced merely on the basis of certain attitude of the management, such as ‘interest of public service’, and established violation of the obligation.

2. THE DUTY TO PROVIDE REASONABLE ACCOMMODATION IN INTERNATIONAL LAW

2.1. UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol were adopted with a consensus by the United Nations General Assembly on 13 December 2006; they were open for signature on 30 March 2007 and entered into force on 3 May 2008. The Republic of North Macedonia signed the UN CRPD on 30 March 2007 and ratified it on 5 December 2011. In addition, the country signed its Optional Protocol on 29 July 2009 and ratified it on 5 December 2011.

Article 5 from the UN CRPD, which is intentionally placed in the first part of the Convention with the articles of general (horizontal) application, elaborated the right to equality and non-discrimination of the persons with disabilities. Pursuant to Article 5, paragraph 3 of the Convention, and in order to promote equality and eliminate discrimination, States Parties commit to take all appropriate steps to ensure that reasonable accommodation is provided. Also, the UN CRPD provides that denial of reasonable accommodation constitutes discrimination. Placing the reasonable accommodation within the definition on discrimination introduces a premise that exercising the fundamental civil and political rights needs individualized measures aimed at resolving the existing systemic discrimination against persons with disabilities. The author believe this will be a serious challenge for all countries, including the developed ones, especially the inclusion of the duty to provide reasonable accommodation beyond the context of employment in the national legislations. A positive example thereof is the General Non-Discrimination Federal Act in Belgium, which envisages that rejection to provide reasonable accommodation will count as a form of discrimination. The same legal logic was followed in drafting the new Law on Prevention and Protection against Discrimination of the Republic of North Macedonia (2019), analysed below.

As mentioned above, Article 2 defines that “reasonable accommodation means necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms”. The case law of the Committee clearly supports this position. Namely, in the case *H.M v. Sweden*, concerning an applicant that requires a building permission for an extension of approximately 63 square meters to the house on her privately owned piece of land to build a pool that will serve for hydrotherapy, the denial constituted discrimination. The Committee finds that as a result of the decisions adopted by the municipal bodies and the High Administrative Court, and pursuant to Article 5 of the UN CRPD, H.M. is discriminated because they failed to take into consideration her right to equal opportunities for rehabilitation and improving her health on equal basis with others. The Committee noted that the “Planning and Building Act leaves space for exceptions in the urban planning, and that thus it can accommodate, when necessary

in a particular case, an application for reasonable accommodation aimed at ensuring to persons with disabilities the enjoyment or exercise of all human rights on an equal basis with others and without any discrimination” (H.M v. Sweden, Communication No.3/2011, CRPD/C/7/D/3/2011, [2012], para 8.5). Also, to that end the Committee in its jurisprudence, in the case *Gemma Beasley v. Australia*, similarly as in the case *Michael Lockrey v. Australia*, considers that the State party has not taken the necessary steps to ensure reasonable accommodation for the author and concludes that the refusal to provide Auslan interpretation or steno-captioning, without thoroughly assessing whether that would constitute a disproportionate or undue burden, amounts to disability-based discrimination, in violation of the author’s rights under Article 5 of the Convention (*Gemma Beasley v. Australia*, Communication No. 11/2013, CRPD/C/15/D/11/2013, [2016], para 8.5; *Michael Lockrey v. Australia*, Communication No. 13/2013, CRPD/C/15/D/13/2013, [2016], para 8.5). In addition, in the case *F v. Austria*, the Committee is on a position that the non-installation of the audio system by the State party when extending the tram network resulted into a denial of the access to information and communication technologies and to facilities and services open to the public on an equal basis with others for persons with sensory impairment, and therefore amounts to a violation of Articles 5 and 9 of the Convention (*F v. Austria*, Communication No. 21/2014, CRPD/C/14/D/21/2014, [2015], para 8.7) (Poposka, 2018, pp.34-35).

Also, the Convention demarks this legal institute from the right to accessibility (Article 9) and from undertaking specific measures (Article 5 paragraph 4). In addition to these articles, the duty to provide reasonable accommodation can be found in several other articles of the UN CRPD, in particular, explicitly in Article 24 (Education) and Article 27 (Work and Employment) and implicitly in Article 20 (Personal Mobility) and Article 21 (Freedom of Expression and Opinion and Access to Information).

2.2. EU Directive 2000/78/EC on establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation

At regional level, in addition to the Council of Europe, standards set by the European Union Acquis are of exceptional importance. As regards disability-based discrimination in general, and discrimination in the area of employment and labour relations in particular, it is inevitable to mention the Directive 2000/78/EC of 27th November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (Directive 2000/78/EC).

Article 5 of the Directive obliges the employer to provide reasonable accommodation to persons with disabilities stating that “in order to guarantee compliance with the principle of equal treatment in relation to persons with disabilities, reasonable accommodation shall be provided. This means that the employer shall take appropriate measures, where needed in a particular case, to enable a person with a disability to have access to, participate in, or advance in employment, or to undergo training, unless such measures would impose a disproportionate burden on the employer. This burden shall not be disproportionate when it is sufficiently remedied by measures existing within the framework of the disability policy of the Member State concerned.” This concept, when introduced in 2000, was quite new within the EU, although there were Member States that recognized this concept in their national legislations even prior to the adoption of the Directive (for instance, Ireland, the Great Britain and

Sweden), as well as non-EU Member States which had also included this concept in their legislations (for instance, the USA, Australia).

Furthermore, Recitals 20 and 21 in the preamble of the Directive provide some guidelines on explaining the concepts of ‘reasonable accommodation’ and ‘disproportionate burden’. In particular “appropriate measures should be provided, i.e. effective and practical measures to adapt the workplace to the disability, for example adapting premises and equipment, patterns of working time, the distribution of tasks or the provision of training or integration resources” (Recital 20). Further on, “to determine whether the measures in question give rise to a disproportionate burden, account should be taken in particular of the financial and other costs entailed, the scale and financial resources of the organisation or undertaking and the possibility of obtaining public funding or any other assistance” (Recital 21). Hence, according to the provision, the employer should provide reasonable accommodation to the persons with disabilities by undertaking measures to ensure their access to the workplace, their participation and the possibility to advance in their employment. As far as ‘disproportionate burden’ is concerned, it should be pointed out that the economic effectiveness of the employer does not justify the duty to provide reasonable accommodation, but, on the contrary, the equality of opportunities of the persons with disabilities does.

As for the personal scope of the provision in Article 5, it is governed with Article 3, i.e. the protection covers job candidates, present employees, as well as former employees, when they start using the benefits on the basis of the employment, such as, for example, the right to pension. This is so because when it comes down to reasonable accommodation, the asymmetric model of anti-discriminatory legislation needs to be strictly applied, i.e. only persons with disabilities can benefit from the reasonable accommodation. Therefore, disability should not be ignored, but, on the contrary, it should be rather taken into account. This asymmetric model or model of ‘difference’ holds that the individuals having certain protected trait are different from the individuals that do not have this trait and, by treating them in an identical manner, it could lead to discrimination. Unlike the model of ‘difference’, the model of ‘sameness’ holds that discrimination occurs when individuals who are fundamentally the same are treated differently for illegitimate reason (Waddington, 2004).

Further on, determining the personal scope of this article also depends on the nature of the reasonable accommodation as a concept, i.e. its goal. In fact, as an element of anti-discrimination, reasonable accommodation is aimed at eliminating the obstacles hindering the persons with disabilities to compete on the open labour market. Therefore, this article refers only to the persons with disabilities who are capable and qualified to carry out the job concerned, but need a slight stimulus or accommodation so as to carry it out. This is also reflected in the Preamble to the Directive, i.e. Recital 17, stating the following: “does not require the recruitment, promotion, maintenance in employment or training of an individual who is not competent, capable and available to perform the essential functions of the post concerned or to undergo the relevant training ...”.

What has been determined as a drawback in this provision is that it does not explicitly envisage that unjustified denial to provide reasonable accommodation counts as discrimination, contrary to Article 5 of the UN CRPD, as elaborated above. In fact, Article 5 of Directive

2000/78/EC does not clearly envisage that denial of reasonable accommodation counts as discrimination due to the fact that the Member States do not have common viewpoint on how the denial of such accommodation should be treated. Whether as a form of direct discrimination (e.g. Ireland, Sweden, Finland, Malta, Luxembourg) or indirect discrimination (e.g. France, Spain, Austria, the Netherlands) or as *sui generis* form of discrimination (e.g. the Great Britain) or as duty the violation of which envisages no particular sanction (e.g. Bulgaria). Anyhow, it should be pointed out that Recital 16 in the Preamble of the Directive states that “provision of measures to accommodate the needs of disabled people at the workplace plays an important role in combating discrimination on grounds of disability”. Article 16 (b), in addition, also states that: “any provisions contrary to the principle of equal treatment which are included in contracts or collective agreements, internal rules of undertakings or rules governing the independent occupations and professions and workers’ and employers’ organisations are, or may be, declared null and void.” (Poposka et al., 2014, pp.28-32).

3. THE DUTY TO PROVIDE REASONABLE ACCOMMODATION IN NATIONAL LAW

Provisions on reasonable accommodation for the persons with disabilities are envisaged in the Law on Prevention and Protection against Discrimination (Article 4, paragraph 1, point 4 and Article 6) and the Law on Labour Relations, as well as the Law on Employment of Persons with Disabilities (Article 7, paragraph 2), elaborated on in details below.

3.1. Law on Prevention and Protection against Discrimination

The new Law on Prevention and Protection against Discrimination (2019) prohibits all forms of discrimination, including direct and indirect discrimination (Article 8), harassment (Article 10), calling, incitement and instruction to discrimination (Article 9), victimization (Article 11) and segregation (Article 12) performed by natural persons and legal entities in both the public and the private sector, in the area of employment and labor relations, education, access to goods and services, housing, health, social protection, administration, judiciary, science, sports, participating and acting in syndicates, political parties and associations of citizens and other areas respectively (Article 3). Further on, the Article 13 of the Law envisages multiple discrimination, intersectional discrimination, repeated discrimination and continued discrimination as severe forms of discrimination.

With respect to persons with disabilities, Article 4, paragraph 1, point 4 and Article 6, are especially important, envisaging provision of reasonable accommodation. In fact, the Law provides that “reasonable accommodation shall mean the necessary and appropriate modification and adjustment required in a particular case, which does not resolve in a disproportionate or undue burden, aimed at ensuring the exercise or enjoyment of all human rights and freedoms of persons with disabilities on an equal basis with others. Denial of reasonable accommodation shall constitute discrimination”. Furthermore, Article 6 when defining what is discrimination, clearly states that discrimination covers all forms including denial of reasonable accommodation and denial of accessibility and availability of infrastructure, goods and services.

As regards the issue of disproportionate burden, the national legislation does not analyze and condition that issue, with the size and the status of the legal entity (public or private), with the financial and other costs entailed, the scale and financial resources of the employer, as well as the possibility of obtaining public funding or any other assistance.

The analysis of the national legislation can lead to the conclusion that the issue of reasonable accommodation inevitably falls within the anti-discriminatory legislation and unjustified denial of reasonable accommodation counts as a form of discrimination. This is a quite progressive provision and it is fully in line with the UN CRPD. Still, this provision can be further enhanced by including clarifications according to Recitals 20 and 21 of Directive 2000/78/EC, elaborated on above.

3.2. Law on Labour Relations

A fundamental law in the area of labour relations of persons with disabilities is the Law on Labour Relations, which is *lex generalis* in the particular area, supplemented with the Law on Employment of Disabled Persons, as *lex specialis*, elaborated below.

The Law on Labour Relations governs the labour relations between the employees and the employers, established by concluding employment contract (Article 1). It should be pointed out that the Law makes no difference between the employees in the public and the private sector (Article 3, paragraph 1), as well as between part-time and full-time employees (Article 8, paragraph 3). In addition to the general provisions, the Law also envisages special protection, *inter alia*, for the persons with disabilities. In fact, Article 122 envisages that the employee working on part-time basis due to disability exercises the rights under the mandatory social insurance as he/she would if working on full-time basis. Furthermore, measures for special protection of persons with disabilities are envisaged pursuant to Part XII Special Protection (Articles 162, 164 and 169) of the Law, aimed at protecting the health of these persons. In fact, persons with disabilities are considered as specific and risk group and the employer should take this into account prior to assigning the working tasks and when making essential changes of the working conditions. In addition, should a certain risk be determined, which cannot be eliminated otherwise, the employer is obliged to make changes to the working conditions or the working hours or to offer adequate alternative work to the employee with special risk.

Further on, Articles 177-178 envisage that “the employer shall ensure conditions for professional rehabilitation and shall re-assign to other full-time position the occupationally disabled worker who has the right to professional rehabilitation on the basis of professional inability to work” (Article 178, paragraph 1), being supplemented with a new paragraph which reads “the employer shall re-assign the employee faced with immediate danger of occurrence of disability to other adequate position and to ensure salary compensation in the amount of the difference between the salary the employee received before being re-assigned and the salary to receive at the new working position” (Article 178, paragraph 2). However, this should not mean that the employer should employ persons who do not meet the inherent requirements for the job concerned. Article 103 envisages that the employment contract is terminated if the employee has lost the necessary ability to work.

In addition to the special protection of employees – persons with disabilities, the Law on Labour Relations offers protection of employees – parents of children with disabilities. For instance, pursuant to the Law, one of the parents of a child with disabilities and special educational needs has the right to work half of the full-time working hours, and this part-time working hours will be counted as full-time (Article 169). Furthermore, pursuant to Article 137, paragraph 3 of the Law on Labour Relations, *inter alia*, a person with disabilities, an employee with at least 60% body impairment and an employee caring and looking after a child with disabilities has the right to additional three working days annual leave.

3.3. Law on Employment of Persons with Disabilities

The Law on Employment of Persons with Disabilities, pursuant to Article 5, paragraph 2, envisages reasonable accommodation, also stating that “when employing a disabled person, the employer is obliged to create appropriate working conditions and to adapt the workplace depending on the job position, the type and the level of education and the type and the level of disability of the person being employed”. The legislator does not explain this norm in more details, thereby not indicating the conditions that are to be created by the employer. For example, whether they would include adjustment of the job interview process, adjustment of the working hours and practices, to providing professional vocational trainer and similar. By not precisely stating the provision, the legislator has left room, through the case law, to set the limits of this legal concept.

Further on, the legislator also does not clarify in more details what kind of adaptation of the workplace is to be made; however, it is precisely regulated in the Rulebook on the Criteria and the Manner of Awarding Non-Refundable Funds from the Special Fund for Improvement of the Employment and Working Conditions for Persons with Disabilities. In fact, Article 7, paragraph 2 of this Rulebook states that the adaptation includes accommodation of the working and the auxiliary premises and equipment, the working means, devices and other technical work equipment. A positive thing is that, in addition to the duty to provide reasonable accommodation, it also envisages financial resources provided by the Special Fund for Improvement of the Employment and Working Conditions for Persons with Disabilities. What the legislator clearly envisages is the limited possibility to use this legal concept, i.e. limiting the personal scope of the protection. In fact, for a person to be able to request reasonable accommodation, he/she should be recognized as person with disabilities pursuant to the law.

4. CONCLUSIONS

Principles of equality and prohibition of discrimination not only require equal treatment in similar situations, but also different treatment in different situations. This position is the founding base of the legal concept of reasonable accommodation. Denial of reasonable accommodation is as a form of disability-based discrimination and as such is intrinsic part of the immediately applicable duty of non-discrimination in the context of disability. Although the reasonable accommodation duty occurs and is equally important in all areas of society, still it is predominantly present in the area of labour relations and thus subject of interest of this paper.

Reasonable accommodation duty is always an individualized and can be invoked by a person with disabilities in a concrete case, and can apply immediately to all rights and may be limited by disproportionality. The paper concludes that this duty has two constituent parts. The first part imposes a positive legal obligation to provide a reasonable accommodation which, according to the above stated UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities is a modification or adjustment that is necessary and appropriate where it is required in a particular case to ensure that a person with disabilities can enjoy or exercise her or his rights. The second part of this duty ensures that those required accommodations do not impose a disproportionate or undue burden on the duty bearer. When assessing the 'disproportionate burden', one should take into account that the economic effectiveness of the employer does not justify the duty to provide reasonable accommodation, but, on the contrary, it is the equality of opportunities of the persons with disabilities.

Furthermore, the UN CRPD makes an important step forward by determining that unjustified denial to provide reasonable accommodation counts as discrimination, and by placing such view in an article with horizontal application, which means that it should be applied throughout the Convention. In addition, placing the reasonable accommodation within the definition on discrimination introduces a premise that exercising the fundamental civil and political rights needs individualized measures aimed at resolving the existing systemic discrimination against persons with disabilities.

The paper concludes that the concept of reasonable accommodation is quite a new concept in the national legal system. Thus, it is necessary to further explain the norms envisaging it, both in the area of labour relations and in the legislation governing the protection against discrimination in general. The definition for reasonable accommodation should be accompanied with an illustrative list of reasonable types of accommodation, such as for instance in the area of labour: reduction of working hours, reduction of the scope and the type of working tasks, redeployment procedures, access to parking spaces, appropriate job interviews or qualifying exams, and similar. In addition, is it desirable for a case law to be created when applying these provisions, so as to show, in practice, where to set the limits of this legal concept.

BIBLIOGRAPHY

- Charter of Fundamental Rights of the European Union. 2000. Solemn Proclamation by the President of the European Parliament, the European Commission and the Council of Ministers, Nice. *Official Journal C 364/1*, 7 December 2000. [online] Available at: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf> [Accessed 06 August 2019].
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *F v. Austria*, Communication No. 21/2014, CRPD/C/14/D/21/2014, 21 September 2015.
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Gemma Beasley v. Australia*, Communication No. 11/2013, CRPD/C/15/D/11/2013, 25 May 2016.
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, 26 April 2018. [online] Available at: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en> [Accessed 06 August 2019].
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *H.M v. Sweden*, Communication No.3/2011, CRPD/C/7/D/3/2011, 16 April 2012.
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Michael Lockrey v. Australia*, Communication No. 13/2013, CRPD/C/15/D/13/2013, 30 May 2016.
- Council Decision 2010/48/EC of 26 November 2009 concerning the conclusion, by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities), OJ L 23, 27 January 2010. [online] Available at: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:023:0035:0061:EN:PDF>> [Accessed 06 August 2019].
- Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, [2000] OJ L 303/16.
- Court of Justice of the European Union, *Jette Ring v. Dansk almennyttigt Boligselskab DAB*, C-335/11 and *HK Denmark acting on behalf of di Lone Skouboe Werge v Pro Display A/S*, Case C-337/1, [2013], 11 April 2013.
- Court of Justice of the European Union, *S.Coleman v Attridge Law, Steve Law*, Case C-303/06, [2008], 17 July 2008.
- Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast). OJ L 204, 26.7.2006. [online] Available at: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0054>> [Accessed 10 August 2019].
- European Court of Human Rights, *Thlimmenos v. Greece*, Reports 2000-IV, 6 April 2000.
- Law on Employment of Persons with Disabilities, Official Gazette of the Republic of North Macedonia, nos. 87/2005 (cleared version), 113/2005, 29/2007, 88/2008, 161/2008, 99/2009, 136/2011, 129/2015, 147/2015, 27/2016 and 99/2018.
- Law on Labour Relations, Official Gazette of the Republic of North Macedonia, nos. 62/2005, 106/2008, 161/2008, 114/2009, 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, 120/2018, and 110/2019.
- Law on Prevention and Protection against Discrimination, Official Gazette of the Republic of North Macedonia, no. 101, dated 22 May 2019.

- Lawson A. 2008. *Disability and Equality Law in Britain: The Role of Reasonable Adjustments*. Oxford, Hart Publishing.
- Poposka et al. (Poposka Z., Shavreski Z., Amdiju N). 2014. *Guide on Reasonable Accommodation [Водич за соодветно приспособување]*. OSCE Mission to Skopje and Commission for Protection from Discrimination.
- Poposka Z. 2012. *Disability Discrimination in the International Human Rights Law [Дискриминација врз основ на хендикен во меѓународното право за правата на човекот]*. Универзитет “Св.Кирил и Методиј” – Скопје, Правен факултет “Јустинијан I”.
- Poposka Z. 2018. *Commentary on the United Nations International Convention on the Rights of Persons with Disabilities [Толкувач на Меѓународната Конвенција за правата на лицата со попреченост на Организацијата на обединетите нации]*. Polio plus – Movement against Disability.
- Poposka Z., Jovevski L. 2017. *Anti-Discrimination Law [Антидискриминациско право]*. OSCE Mission to Skopje.
- Rouen Administrative Court, *Boutheiller v. Ministère de l’éducation*, Judgment No.0500526-3, 2008.
- Rulebook on the Criteria and the Manner of Awarding Non-Refundable Funds from the Special Fund for Improvement of the Employment and Working Conditions for Persons with Disabilities, Official Gazette of the Republic of Macedonia, no. 156/2008, dated 17 December 2008.
- UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, UN Doc. A/RES/61/611, 13 December 2006.
- Waddington L., Hendriks A. 2002. *The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination*. The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Volume 18, Issue 4.
- Waddington L. 2004. *Implementing and Interpreting the Reasonable Accommodation Provision of the Framework Employment Directive: Learning from Experience and Achieving Best Practice*.
- Waddington L., Lawson A. 2009. *Disability and non-discrimination law in the European Union, An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*. European Commission, Directorate-General for Employment, Social affairs and Equal Opportunities, Unit G.2, Brussels.